

SILVANA MARIA CARBONERA

RESERVA DA INTIMIDADE:

UMA POSSÍVEL TUTELA DA DIGNIDADE NO ESPAÇO RELACIONAL DA
CONJUGALIDADE

Tese apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Doutor em Direito
das Relações Sociais junto ao Programa
de Pós-Graduação em Direito, Setor de
Ciências Jurídicas, Universidade Federal
do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin

CURITIBA

2002

Dedico este trabalho a meus pais, Alfredo e Lourena. Sempre. E por tudo.

Também dedico àqueles que acreditam que é possível serem felizes junto, e que, na busca desta ilha desconhecida e incerta que é a convivência, empreendem uma viagem pautando sua procura no respeito a si e ao outro. Simplesmente.

NOTA EXPLICATIVA

Não é usual acrescentar uma nota explicativa com este teor, mas, quando os agradecimentos passam pela forma realizada na página anterior, torna-se indispensável nominar algumas pessoas que, com seu conhecimento técnico, se fizeram presentes também nesta página, embora minha gratidão a elas já tenha sido expressa.

Meus conhecimentos de idioma permitiram que a busca em textos estrangeiros fosse realizada. Todavia, as traduções foram realizada pelas seguintes pessoas:

Rachel Padilha, minha tão cara professora de francês;

Geraldo Polla, meu estimado professor de italiano; e

Gracia Maria Montilla Garcia, professora de espanhol.

Mas confesso que desconheço de todo o idioma alemão, razão pela qual agradeço imensamente a Elisete Antoniuk, que traduziu partes de obras que me interessavam diretamente.

Além delas, agradeço imensamente a Renata Ferreira, que corrigiu meus deslizes na língua portuguesa. E aproveito para dizer que após sua correção acabei fazendo algumas alterações no texto, razão pela qual corro o risco de ter acabado maculando seu trabalho. Mas foi necessário.

Minha gratidão também me faz dizer que este trabalho teria sido mais árduo se não fosse a disponibilidade que sempre existiu por parte das meninas da Pós-graduação, Fátima, Jussara, Laura e Sandra, cuja ordem aqui colocada é a mais imparcial possível, a alfabética, além, é claro, das meninas da Biblioteca de Ciências Jurídicas da UFPR, que sempre estiveram dispostas a emprestar tantas obras quantas necessárias para que este trabalho tivesse a bibliografia que tem. São elas Edinéia, Eglen, Lígia, Loiri, Marilda, Rita, Sônia e Zélia.

Por fim, agradeço imensamente a Heloisa Helena Barbosa, a Jussara Meirelles, a Maria Cláudia Crespo Brauner e a Eroulths Cortiano Junior, membros de minha banca de doutorado, e a Luiz Edson Fachin, meu eterno orientador, pelas considerações feitas, reflexo de uma leitura muito cuidadosa de minhas idéias.

RESUMO

Esta tese versa sobre uma leitura constitucionalizada do conteúdo pessoal da relação conjugal, aqui denominada conjugalidade. A técnica de legislar os deveres conjugais, minuciosa e detalhadamente, foi empregada pelo Código Civil brasileiro de 1916, e mantida pelo Código Civil brasileiro de 2002, mediante a determinação prévia dos comportamentos esperados dos cônjuges. Paralelo a isto, o legislador ordinário estruturou um sistema que permitisse um certo controle por meio da vinculação dos referidos deveres à possibilidade de separação judicial fundada na culpa. Observa-se uma valorização da tutela ao vínculo matrimonial em detrimento dos cônjuges, que, de certa forma, se estendeu às uniões extramatrimoniais na medida em que idêntica sistemática foi adotada. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma alteração de valores informadores do sistema jurídico e a dignidade da pessoa humana foi alçada ao patamar de princípio estruturante. Seus reflexos se fizeram sentir nas relações de família como um todo, dando-lhe novos contornos, voltados especialmente para a tutela dos sujeitos concretos. Essa mudança de perspectiva acaba se fazendo sentir no plano da conjugalidade uma vez que valorizar os sujeitos por meio de sua dignidade acaba revelando a necessidade de repensar especificamente os modos de constituição de relação conjugal, bem como os deveres conjugais. Estabelecê-los expressamente implicava, no modelo codificado, em ter maiores condições de garantir a manutenção do vínculo conjugal, elemento implementador da segurança jurídica. Com a tutela da dignidade, ao contrário, tem-se uma intervenção indevida na esfera privada dos cônjuges, que têm suas vidas íntimas passíveis de exposição em nome de uma permissão legal, associada à necessidade de alegação e comprovação quando de uma separação judicial fundada na culpa. Para que se torne possível implementar a dignidade no espaço relacional da conjugalidade da forma mais ampla possível, o legislador deve observar uma reserva de intimidade, espaço não legislado mas tutelado juridicamente, no qual os cônjuges possam construir o conteúdo da conjugalidade a partir de suas realidades. Os princípios constitucionais deverão ser observados como orientadores da convivência de modo que seja possível a ambos o desenvolvimento de suas personalidades, sem que isso possa implicar em anular ou submeter o outro unicamente a seus desejos. Com essa orientação será possível afirmar a existência de uma família onde cada um de seus sujeitos seja respeitado e tenha nela um espaço de crescimento, processo este conduzido pelo respeito e reconhecimento da existência dos demais membros.

CAPÍTULO PRIMEIRO

PROPOSTA DE UM ITINERÁRIO

Dá-me um barco,¹

1 DE ONDE SE PARTE?

Noutro momento, noutro trabalho,² as reflexões acerca do desenho jurídico da família³ foram locadas num palco onde, divididos em atos, era possível observar dois momentos em que o sistema jurídico apontava os aspectos relevantes para sua constituição e reconhecimento.

A opção feita pelo sistema, quando da codificação, apontou um sentido jurídico de família singular, ligado a um único modo de constituição. Estabelecendo um sentido unívoco, família e matrimônio refletiam uma mesma realidade jurídica.⁴ Partindo da existência de um vínculo jurídico matrimonial entre um homem e uma mulher, tinha-se a noção de legitimidade, passaporte de ingresso à esfera jurídica e

¹ SARAMAGO, op. cit., p. 15.

² Trata-se do primeiro capítulo da obra: CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre : Sergio Fabris, 2000, dissertação de mestrado da autora.

³ Não se trata de qualquer desenho de família mas de um desenho jurídico. Tal ponderação inicial é relevante na medida em que "A 'família do Direito', por seus meios e instrumentos, acolhe e define a família jurídica, o que pode e o que não pode ser juridicamente componente da família." (FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família** : Curso de direito civil. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. p. 40). E é nas possibilidades de leitura de aspectos jurídicos do sentido de família que o trabalho terá um de seus limites.

⁴ Destaca Cristiane de Oliveira ZAMBERLAN que "Família não abarca um único significado. Evidencia-se, inclusive, que a família não é uma expressão passível de conceituação, mas tão-somente de descrições; ou seja, é possível descrever as várias estruturas ou modalidades assumidas pela família através dos tempos, mas não defini-la". (ZAMBERLAN, Cristiane de Oliveira. **Os novos paradigmas da família contemporânea** : Uma perspectiva interdisciplinar. Rio de Janeiro : Renovar, 2001. p. 107.)

requisito de incidência da proteção. Em sendo legítima a relação conjugal, homem e mulher ocupavam os justos espaços descritos em lei, sentindo em suas esferas jurídicas todos os efeitos por ela estabelecidos em razão de participarem de uma relação matrimonializada.

Este modelo de família foi estruturado sobre uma base hierárquica, dominada pela autoridade do marido e subordinação da mulher, cabendo a ele a chefia.⁵ Desta decorriam a representação da família, a gestão exclusiva dos interesses comuns⁶ e a atribuição à mulher do papel de auxiliar nos encargos da família.⁷ A divisão de funções, com a chefia atribuída ao marido, deu nítidos contornos hierarquizados à relação conjugal.⁸

Os filhos nascidos nesta união sentiam diretamente tais efeitos, uma vez que sua legitimidade dependia da preexistência desta na relação dos pais,⁹ sem o que

⁵ A disposição legal podia ser encontrada no artigo 233 do Código Civil brasileiro de 1916, em sua redação original: "O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: I - A representação legal da família; II - A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regimen matrimonial adoptado, ou do pacto antenupcial (...); III - O direito de fixar e mudar domicílio da família (...); IV - O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal (...); V - Prover a manutenção da família, (...)."

⁶ LABRUSSE-RIOU, Catherine. **Droit de la famille** : Les personnes. Paris : Masson, 1984. p. 207.

⁷ Conforme o texto original do artigo 240 do Código Civil brasileiro de 1916, que atribuía à mulher a condição de companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família.

⁸ Assevera Andrée MICHEL que a divisão de papéis familiares no modelo de família tradicional, compatível com o descrito no Código Civil brasileiro de 1916, foi forjado tendo como critérios sexo e idade. Isto deu origem a várias místicas que tinham por objetivo sensibilizar e consolidar o conjunto dos papéis existentes na família tradicional: a mística feminina, que locou a mulher num "papel doméstico e afetivo (...) definido de modo complementar àquele do marido"; a mística patriarcal, que atribuiu ao homem qualidades que o destacavam por sua inteligência, coragem e iniciativa, e que lhe gerava respeito dos demais membros da família; e a mística familiar tradicional, decorrente da relação de ambas e articulada sobre a idéias de complementaridade dos sexos. (MICHEL, Andrée. Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines. **Archives de Philosophie du Droit**, 131, 1975. p. 127-136. p. 129) Em idioma original: "rôle domestique et affectif (...) défini de façon complémentaire à celui du mari."

Deste modo, conforme aponta Michelle PERROT, "os papéis dos pais e dos filhos, dos jovens e dos velhos, dos homens e das mulheres são rigorosamente estabelecidos numa complementaridade", de modo que cada um dos sujeitos tinha o conhecimento prévio de seu espaço de atuação. (PERROT, Michelle. Funções da família. In.: **Historia da vida privada** : Da revolução francesa à primeira guerra. São Paulo : Companhia das Letras, 1991. p. 108).

⁹ Filhos nascidos fora do casamento eram ditos ilegítimos em razão de interpretação contrária do artigo 337 do Código Civil brasileiro de 1916, em sua redação original: "São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que annullado, ou nullo, se se contrahiu de boa fé."

lhes era, em princípio, negado o acesso à condição jurídica de filho e sua respectiva tutela.

Criou-se, com isso, um sistema de acesso à esfera jurídica, permitido ou negado conforme a situação concreta se enquadrasse ao modelo descrito em lei ou não. Os fatos deveriam se adequar ao Direito, de modo que tinham relevância jurídica, em princípio, somente aquelas relações contemplada na legislação vigente.¹⁰

Esta técnica assenta sobre a idéia de um sistema jurídico fechado, cuja integração se dá com elementos fornecidos por ele próprio. A relação entre a lei e a sociedade se estrutura como lei ordenante e sociedade ordenada, e as práticas sociais não são fontes mas objetos de valoração normativa.¹¹

Nestes termos, a noção jurídica de família foi construída a partir de um modelo único, assentada na existência de um casamento válido, civil ou religioso com efeitos civis, condição de legitimidade de todas as relações dele decorrentes, fazendo com que a análise de cada uma delas passasse pelo vínculo conjugal.

A radiografia da estrutura da família revelava um conjunto, composto de adultos - cônjuges - e crianças - filhos - em que, por força deste enfoque, a relação paterno-filial estava vinculada à conjugal, tanto que um dos direitos e deveres decorrentes do casamento era a guarda, sustento e educação dos filhos,¹² os legítimos.

No curso do século XX, os contornos familiares inicialmente traçados gradativamente sentiram modificações, de modo que, quando a Constituição Federal

Criou-se em relação a esta dicotomia um sistema de legitimidade que repousava na situação conjugal dos pais, no momento do nascimento do filho, na incidência ou não da presunção *pater is est*, na forma de legitimação de filhos naturais e na expressa proibição de reconhecimento de filhos incestuosos e adulterinos, conforme a redação original do artigo 358 do Código Civil brasileiro de 1916: "Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos."

¹⁰ E ao sujeito de direito restava se adequar, pois, frente aos termos descritos pelo ordenamento jurídico, ele "pode tabular em um conjunto expressivo de relações, relevantes no plano da ética, da moral, mas não necessariamente juridicamente relevantes." (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro : Renovar, 2000. p 114.)

¹¹ BARCELLONA, Pietro. **Formazione e sviluppo del diritto privato moderno**. Napoli : Jovene, 1997. p. 8.

¹² Pois, embora o Código Civil brasileiro de 1916 também tenha tratado do pátrio-poder de modo específico, só a paternidade/maternidade juridicamente estabelecida era relevante - e ainda o são -, sendo que os modos de estabelecimento é que davam a grande tônica ao instituto pois, direta ou indiretamente, vinculavam-no ao relacionamento dos pais.

de 1988 passou a tratar da família, encontrou a mulher casada em melhor situação jurídica,¹³ os filhos ilegítimos com maior acesso ao estatuto de filiação¹⁴ e as relações extramatrimoniais produzindo efeitos jurídicos.¹⁵

Tais transformações acabaram por ser consolidadas na Constituição Federal de 1988, que deu à noção jurídica de família um sentido mais amplo e plural,¹⁶ restando valorizado seu aspecto social,¹⁷ e, alargando o conteúdo de suas relações, abriu novas perspectiva de análise que acabaram se fazendo sentir diretamente na tutela do instituto.

Isto se traduz no reflexo da mudança da noção de sistema que se abre na medida em que se reconhece incompleto ao mesmo tempo em que se mostra capaz de evolução.¹⁸ Buscando na relação entre o indivíduo e a sociedade o critério de

¹³ Conforme exposto na Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962, a mulher casada deixou de figurar no rol dos relativamente incapazes e "adotou-se, no que se refere à organização da sociedade conjugal, a idéia básica da *cooperação diferenciada dos cônjuges*." (MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família na evolução do direito brasileiro In.: **Temas de direito civil**. Curitiba : Juruá, 1998. p. 77-94. p. 82.

¹⁴ A título de ilustração, tem-se a Lei 883, de 21 de outubro de 1949, que dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos e a Lei 7.250, de 14 de novembro de 1984, que facultou o reconhecimento de filho adulterino diante da separação de fato do pai por período maior do que cinco anos, dentre outras.

¹⁵ Embora, é claro, não a reconhecendo como família mas adequando a relação existente aos modelos de relações possíveis: sociedade de fato e indenização por serviços prestados. Mais sobre o tema, ver: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. **Famílias sem casamento** : De relação existencial de fato à realidade jurídica. Rio de Janeiro : Renovar, 2000; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.

¹⁶ A exemplo do que aconteceu com o sistema jurídico italiano, em que "A família como formação social (...) é garantida pela Constituição (...) não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas, sim, em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa. (...) A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contraditoriedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daquele que a ela pertencem." (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil** : Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3 ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1997. p. 243-4)

¹⁷ "E do ponto de vista sociológico, inexistente um conceito unitário de família", conforme assevera Francisco José Ferreira MUNIZ (MUNIZ, Francisco José Ferreira. O direito de família na solução dos litígios. In.: **Temas de direito civil**. Curitiba : Juruá, 1998. p. 96.)

¹⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2 ed. Lisboa : Calouste Gulbenkinan, 1996. p. 104.

valoração dos comportamentos, aponta para uma tendência em buscar coincidir legitimidade jurídica e conformidade à utilidade social.¹⁹

A eleição, pelo constituinte, da dignidade da pessoa humana como valor/princípio fundante do sistema jurídico nacional informa todos os demais princípios inseridos no texto constitucional e que dele derivam, provocando a necessidade de uma reordenação interna que deve ter na tutela prioritária dos sujeitos o principal objetivo, como aduz Ingo SARLET:

Importa considerar, nesse contexto, que, na sua qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão, pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa.²⁰

Decorrente da eleição da dignidade, a igualdade é afirmada em todas as esferas de relações, e, na dimensão familiar, ocupa de imediato espaço no plano conjugal e no filial. Na relação conjugal, chega ao fim a direção unitária da família, centrada na figura masculina, para se instalar uma "direção diárquica do grupo. (...) Desaparece a idéia de hierarquia na sociedade conjugal e se estabelece 'uma organização indiferenciada com a partilha de todas as responsabilidades e encargos'".²¹

Cuida-se do modelo "de uma associação entre dois seres iguais cujos papéis e funções são menos diferenciadas do que no passado",²² mediante a garantia de um tratamento jurídico igualitário, tanto em seu aspecto formal como no material. Conforme assevera Luiz Edson FACHIN, "a verdadeira igualdade exige respeito às desigualdades que não sejam fruto da cultura preconceituosa".²³

¹⁹ BARCELLONA, **Formazione**, p. 09.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001. p. 72).

²¹ MUNIZ, O direito, p. 106.

²² Em idioma original, tem-se a seguinte redação: "d'une association de deux êtres égaux dont les rôles et les fonctions sont moins différenciés que dans le passé." LABROUSSE-RIOU, op. cit., p. 207.

²³ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade** : Relação biológica e afetiva. Belo Horizonte : Del Rey, 1996. p. 104.

Aos filhos garante "mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação",²⁴ de modo que, uma vez estabelecido o vínculo paterno-filial, todos os irmãos, unilaterais ou germanos, deverão receber idêntico tratamento. Este deve ser direcionado para atender ao melhor interesse do filho e, segundo Maria Clara SOTTOMAIOR, "[...] há tantos interesses da criança como crianças",²⁵ de modo que saber o que garantirá a igualdade só será possível diante da situação concreta.

Tem-se, com a afirmação da igualdade, a substituição de um estatuto plural por um estatuto unitário de filiação,²⁶ o qual assenta na existência de um vínculo jurídico estabelecido e não na origem do filho ou nos parâmetros que orientaram seu estabelecimento. Com isto, desaparece o efeito mais importante do casamento que dizia respeito aos filhos, pois só ele "conferia aos filhos o estatuto privilegiado da legitimidade."²⁷

É relevante observar que desigualdade não se confunde com diferença. Pondera Luiz Edson FACHIN que, "uma vez mantido o casamento como fonte (embora não mais exclusiva) da família, permanece o sistema de estabelecimento de paternidade com a incidência da presunção *pater is est*" que "passa a informar tão somente o estabelecimento da paternidade, o que equivale a dizer que essa presunção tem seu alcance reduzido."²⁸ Portanto, "desapareceu a designação discriminatória, mas permanece a distinção. Há um 'resíduo diferenciador' sem que implique uma ofensa ao princípio da igualdade, porque distinguir não significa discriminar."²⁹

²⁴ Conforme disposto no artigo 227, §6º da Constituição Federal de 1988.

²⁵ SOTTOMAIOR, Maria Clara. **Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio** : De acordo com as alterações ao código civil introduzidas pela Lei 84/95, de 31 de agosto. Coimbra : Almedina, 1997. p. 32.

²⁶ Conforme FACHIN, **Da paternidade**, p. 87.

²⁷ MUNIZ, O direito, p. 101.

²⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre : Sergio Fabris, 1992. p. 67-8.

²⁹ FACHIN, **Elementos**, p. 201.

Outro princípio remete à liberdade garantida aos sujeitos que, dentre as várias possibilidades de seu significado, traduz o princípio da liberdade de escolha,³⁰ um dos modos de "concretização do macroprincípio da dignidade da pessoa humana. (...) a dignidade da pessoa humana [se concretiza através da] liberdade de escolher e constituir a entidade familiar que melhor corresponda à sua relação existencial. Não pode o legislador definir qual a melhor e mais adequada."³¹ Resulta daí a inequívoca proteção para as famílias contempladas no Texto Constitucional:³² matrimonializadas, extramatrimoniais³³ e monoparentais.³⁴

Esta, segundo Paulo Luiz Neto LÔBO,³⁵ é uma interpretação restritiva do Texto Constitucional pois limita-se a reconhecer juridicamente como família aqueles tipos nele descritas. Há que se fazer uma interpretação mais ampla, no sentido de superar a leitura de *numerus clausus* de entidades familiares constitucionalizadas, pois, ao "suprimir a locução 'constituída pelo casamento' (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional 'a família', ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu."³⁶ A descrição de dois outros tipos de família não reinseriu a cláusula de exclusão de

³⁰ Este é um dos efeitos da função serviente da família, que "deve ser realizada de forma aberta, integrada na sociedade civil, (...) todas essas formações sociais serão merecedoras de tutela se a regulamentação interna for inspirada no respeito da igual dignidade, na igualdade moral e jurídica dos componentes e na democracia." (PERLINGIERI, **Perfis**, p. 245)

³¹ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Entidades familiares constitucionalizadas** : Para além dos *numerus clausus*. Conferência proferida no III Congresso Brasileiro de Direito de Família, Ouro Preto, outubro de 2001. No prelo.

³² Acerca de tal ponderação, é relevante observar que já é possível encontrar na doutrina um indicativo de alargamento no sentido de proteção às famílias não matrimonializadas, sem que a conversibilidade em casamento seja elemento obstativo de reconhecimento como entidade familiar. Conforme afirma Luiz Edson FACHIN "O gênero agora é a união não matrimonializada elevada ao estatuto de entidade familiar. Relação de continuidade que se revela por sinais exteriores. Na espécie, a união estável, suscetível da conversão em casamento, e a união livre, associação informal insuscetível de ser reduzida ao casamento." (**Elementos**, p. 62)

³³ "Art. 226, § 3º "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento."

³⁴ Artigo 226, § 4º "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

³⁵ Conforme se pode observar em seu texto **Entidades**.

³⁶ LÔBO, **Entidades**.

modo que a "interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos."³⁷

Segundo sustenta Paulo Luiz Neto LÔBO, "O *caput* do art. 226 é, consequentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade."³⁸

Fica claro que a liberdade de escolha provocou a dissociação entre as noções de família e casamento que tinha lugar no modelo codificado. Desta sorte, "família e casamento são realidades diversas, e a proteção constitucional não se dirige apenas à família conjugal".³⁹

Noutra dimensão, a liberdade se faz presente quando garante tanto a permanência numa relação conjugal como seu fim, pela dissolubilidade do vínculo matrimonial com o divórcio.⁴⁰

Com o ingresso de novos princípios por via constitucional, a tutela da personalidade, expressão aqui empregada com o sentido de "pessoa como valor",⁴¹ passa a compor o núcleo central das preocupações do sistema jurídico, de modo que os institutos, no geral, devam atender a tal pressuposto, obedecendo ao que Pietro PERLINGIERI denominou de funcionalização.⁴²

³⁷ LÔBO, **Entidades**.

³⁸ LÔBO, **Entidades**. Destaca-se que este aspecto não será aprofundado neste trabalho.

³⁹ COELHO, F. M. Pereira. Casamento e família no direito português. In.: **Temas de direito da família**. Coimbra : Almedina, 1986. p. 05. No mesmo sentido afirma Francisco José Ferreira MUNIZ "Assim não é essencial, a rigor, o nexo família-matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa que casamento e família são para a Constituição realidades distintas." (O direito, p. 97.)

⁴⁰ Tecendo considerações acerca da constituição da família, Luiz Edson FACHIN destaca que "A constituição de família é um ato de liberdade, tal como formalmente prevista a liberdade, seja a família matrimonializada ou não. No privado, o desejo de fundar uma unidade que se repute família. O divórcio vincular também espelha que a ninguém é imposto o dever de continuar mantendo uma unidade familiar, a possibilidade de desconstituir uma unidade que se repute família, assumindo as seqüelas respectivas." (**Elementos**, p. 46).

⁴¹ PERLINGIERI, Pietro. **La personalità umana nell'ordinamento giuridico**. Camerino : Jovene, 1972. p. 12.

⁴² Por funcionalização entenda-se o processo pelo qual os institutos jurídicos passam quando, conservando sua estrutura original, mudaram de função no âmbito do ordenamento jurídico. Trata-se de reconhecer que, dentro de uma perspectiva de hierarquia de fontes, elevar a personalidade como seu ápice implica em fazer com que os institutos jurídicos existentes assumam

Eleita a dignidade da pessoa humana, e, por via de consequência, a personalidade, tem-se nelas um elemento unificador do sistema,⁴³ posto que apontam o caminho por ele seguido. Observa-se uma reordenação de prioridades de tutela e o sujeito passa a ser o centro das preocupações jurídicas. A este fenômeno Orlando de CARVALHO denominou de repersonalização⁴⁴ do Direito Civil, que se dá mediante "a acentuação da raiz antropocêntrica, da sua ligação visceral com a pessoa e os seus direitos."⁴⁵ Implica ela a "centralização do regime em torno do homem e dos seus imediatos interesses que faz do direito civil o foyer da pessoa, do cidadão mediano, do cidadão puro e simples."⁴⁶

Esta valorização apontada por Orlando de CARVALHO, na esfera das relações de família começou a consolidar seu espaço no sistema jurídico nacional na medida em que, no correr do século XX, gradativamente foram sendo implantadas alterações legislativas que melhoraram a posição dos sujeitos da família, reforçadas com o princípio constitucional da dignidade.

A orientação passa a ser outra na medida em que se deixa de tutelar os sujeitos de direito abstratos descritos no artigo 2º do Código Civil brasileiro, pessoas

dimensões e funções diversas daquelas originais. "O tema da funcionalização como fenômeno, em geral, dos institutos jurídicos, está intimamente ligado aos valores fundamentais do ordenamento, portanto, em primeiro lugar, ao valor dos valores, a tutela, precisamente, da pessoa humana." ("Il tema della funzionalizzazione come fenomeno, in generale, degli istituti giuridici è strettamente collegato ai valori fondamentali dell'ordinamento, quindi, in primo luogo, al valore dei valori, la tutela, appunto, della persona umana.") (PERLINGIERI, **La personalità**, p. 20-2.)

⁴³ PERLINGIERI, **La personalità**, p. 12.

⁴⁴ Acerca de tal expressão é necessário tecer algumas considerações: re-personalizar implica em reconduzir a pessoa ao centro das preocupações jurídicas. Entretanto, nunca antes o sistema protegeu a pessoa concreta, somente aquela que tinha todas as qualidades necessárias para participar de uma relação jurídica. E por pessoa também se pode entender aquela jurídica, que não se confunde em absoluto com o sentido que se quer dar neste contexto: aqui se fala do ser humano. Talvez seja mais adequado pensar num processo de dignificação concreta do Direito Civil, e do sistema jurídico como um todo, no qual o ser humano seja realmente valorizado e protegido como o centro das preocupações. Ademais, afirmar a colocação da pessoa ao centro das preocupações, se por um lado reflete a busca de tutela mais efetiva, por outro pode implicar em valorizar excessivamente um indivíduo, que pode ser compreendido aqui como um sujeito egoísta, unicamente preocupado consigo, deixando de lado o sentido de parte de relações jurídicas onde o outro deve receber idêntico tratamento. Mais adiante serão feitas outras ponderações, especialmente quando se tratar da família individualista-relacional.

⁴⁵ CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica** : Seu sentido e limites. 2. ed. Coimbra : Centelha, 1981. p. 90.

⁴⁶ CARVALHO, op. cit., p. 92.

confortáveis que moram nos manuais,⁴⁷ e que têm "um nome de família; se menores terão ingresso garantido através do sistema de representações; se maiores, são iguais entre si e gozam de total liberdade para resolver seus negócios. Se querem constituir família percorrem um processo formal de casamento, e se têm filhos certamente provieram deste matrimônio."⁴⁸

E, para além disso, também se atribuiu ao sujeito a qualidade de elemento subjetivo das relações jurídicas,⁴⁹ de modo que, abstratamente, qualquer pessoa que tiver as qualidades específicas necessárias para participar de uma relação jurídica poderá ser sujeito de direito.

Todavia, afirmar que a pessoa passa a ser o centro das preocupações implica deixar de lado sua noção abstrata, conceitual,⁵⁰ descritiva, para dar efetivo valor ao sujeito real, "que corresponde à pessoa verdadeiramente humana, vista sob o prisma de sua própria natureza e dignidade, a **pessoa gente**."⁵¹

Na perspectiva da família, a repersonalização é identificada por Paulo Luiz Neto LÔBO na medida em que ela se converte "em espaço de realização da afetividade humana",⁵² colocando em segundo plano a função econômico-

⁴⁷ SÁ, Andréa Alves de. Limites e possibilidades do sujeito de direito: Comparação entre a teoria e a prática. In.: **Revista de Estudos Jurídicos**, Curitiba, v. IV, n. 1, ago-97, p. 240.

⁴⁸ SÁ, op. cit., p. 240.

⁴⁹ Conforme Francisco AMARAL, "Elemento subjetivo das relações jurídicas são os sujeitos de direito. Sujeito de direito é quem participa da relação jurídica, sendo titular de direitos e deveres.(...) Ser pessoa é ter a possibilidade de ser sujeito de direitos, de relações jurídicas, como credor, devedor, pai, cônjuge, etc." (AMARAL, Francisco. **Direito civil** : Introdução. 2 ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. P. 206).

⁵⁰ Segundo Jussara MEIRELLES, "**Pessoa**, nessa ordem de idéias, é aquele que compra, que vende, que testa; enfim, aquele que reúne condições de desenvolver atividades adequadas ao sentido marcadamente proprietarista do Código Civil Brasileiro. **Ser** pessoa é adequar-se, perfeitamente, aos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento; é traduzir, de modo concreto, imagem conceitual ditada pelas normas. Não é difícil concluir, portanto, que a pessoa que o Código Civil descreve não corresponde àquela que vive, sente e transita pelos nossos dias. É que os valores pessoais, os desejos, a intenção de ter reconhecida a sua dignidade não encontram correspondência na abstração de uma figura que o sistema pretende como pessoa, como sujeito de direito." (MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira : Do sujeitos virtual à clausura patrimonial. In.: FACHIN, Luiz Edson. (org.) **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 87-114. p. 91. Grifado no original).

⁵¹ MEIRELLES, O ser, p. 91. Grifado no original.

⁵² LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In. **O direito de família e a constituição de 1988**. Org. BITTAR, Carlos Alberto. São Paulo : Saraiva, 1989. p. 53-83. p. 54.

procriacional. "A restauração da primazia da pessoa, nas relações de família, na garantia da expressão da afetividade, é a condição primeira de adequação do direito à realidade."⁵³

O espaço familiar deve dar prioritariamente condições à expressão da afetividade e à realização plena das personalidades daqueles que dela fazem parte, pois "não deve a proteção do patrimônio suplantar a proteção das pessoas."⁵⁴

A valorização da pessoa vai além deste sentido na medida em que "na hierarquia dos valores a pessoa humana prevalece sobre o interesse econômico."⁵⁵ Com tal afirmação, Pietro PERLINGIERI aponta para outro viés da valorização da dignidade da pessoa humana denominada depatrimonializzazione. Em linhas gerais, deve se proceder a uma modificação de visão dos institutos de Direito Civil de modo que "As relações patrimoniais desenvolvem o papel de instrumentos ora diretos ora indiretos, de atuação"⁵⁶ de respeito à dignidade.⁵⁷

Tal noção também se aplica às relações de família quando ocorre de a tutela patrimonial se sobrepor às pessoas como, a título de ilustração, se dá com a determinação legal da adoção do regime legal de separação de bens para homens com mais de 60 anos e mulheres com mais de 50, segundo o Código Civil brasileiro de 1916,⁵⁸ ou 60 anos para ambos no Código Civil brasileiro de 2002.⁵⁹

⁵³ LÔBO, A repersonalização, p. 72.

⁵⁴ LÔBO, A repersonalização, p. 66. Sobre este aspecto, o autor realizou interessante levantamento que revela o conteúdo patrimonial da família: "No Livro I da Parte Especial, que trata do Direito de Família, dos 290 artigos pesquisados (excluídos os 15 artigos que tratam da dissolução da sociedade conjugal e da proteção da pessoa dos filhos - Título IV - revogados pela Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977 - Lei do Divórcio), 151 tratam de relações patrimoniais e 139 de relações pessoais, isto é, aquelas, de conteúdo patrimonial determinante e, estas, de conteúdo pessoal determinante." (op. cit., p. 64-5).

⁵⁵ PERLINGIERI, Pietro. "Depatrimonializzazione" e diritto civile. In.: **Sculoe tendenze e metodi** : Problemi del diritto civile. Napoli : Edizioni Scientifiche Italiane, 1989. p. 173-8. p. 176. Em idioma original tem-se "nella gerarchia dei valori la persona umana prevale sull'interesse economico."

⁵⁶ PERLINGIERI, Depatrimonializzazione, p. 176. Em idioma original: "I rapporti patrimoniali svolgono il ruolo di strumenti ora diretti ora indiretti di attuazione"

⁵⁷ Pondera Pietro PERLINGIERI que não é suficiente afastar a afirmação da importância do interesse da personalidade no plano do direito privado. Ao contrário, faz-se necessário refundar o sistema de direito civil observando a centralidade do valor da pessoa no ordenamento, que pode ser realizado não com uma redução ou aumento da tutela das situações patrimoniais mas sim de uma tutela qualitativamente diversa, que não enclausure o desenvolvimento da pessoa em esquemas inadequados e superados. (Depatrimonializzazione, p. 177).

2 O DESENHO AFETIVO E PESSOAL DO MODELO JURÍDICO DE FAMÍLIA

No plano das relações familiares, a perspectiva codificada apontou para uma concepção transpessoal,⁶⁰ fundada numa família hierarquizada, que descreve um modelo supra-individualista, caracterizado pelos "vínculos de interdependência entre as pessoas e a sua dependência a um fim superior."⁶¹ A família é um fim em si, cercada de mecanismos jurídicos que privilegiam a manutenção do grupo em detrimento de seus integrantes e respectivos interesses individuais.⁶²

Na medida em que a pessoa é conduzida ao núcleo central do sistema jurídico, e a tutela do grupo familiar e seus institutos deixa de ser prioritária para ser instrumental,⁶³ o sentimento ganha espaço como elemento relevante na mesma proporção que o ganha a pessoa. Assim a modalidade que recebe efetiva tutela é o afeto.⁶⁴

⁵⁸ "Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial. Parágrafo único. É, porém obrigatório o da separação de bens do casamento: II - do maior de 60 (sessenta) e da maior de 50 (cinquenta) anos;"

⁵⁹ "Art. 1.641 - É obrigatório o regime da separação de bens no casamento, sem a comunhão de aqüestros: II - da pessoa maior de sessenta anos;"

⁶⁰ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família** : Direito matrimonial. Porto Alegre : Sergio Fabris, 1990. p. 16.

⁶¹ OLIVEIRA; MUNIZ,; op. cit., p. 16.

⁶² Neste sentido, basta recordar da indissolubilidade de vínculo e do difícil acesso à condição jurídica de filho para os nascidos fora do casamento.

⁶³ O sentido instrumental da família comporta dois conteúdos. O sentido codificado é instrumental na medida em que se "presta a proteger patrimônio e no constitucionalizado a proteção se dirige às pessoas." Este é o empregado no texto. (Conforme Primeiras Conclusões do Grupo de "Relações de família e o estatuto das relações jurídicas existenciais", texto elaborado no I Encontro dos Grupos de Pesquisa Perfis e Diálogos, realizado em Curitiba, na Universidade Federal do Paraná, em 02 e 03 de julho de 2001. Este sentido constitucionalizado Pietro PERLINGIERI denomina de função serviente da família. (**Perfis**, p. 245). Gustavo TEPEDINO observa que "a tutela instrumental da família, como formação social privilegiada para o desenvolvimento da personalidade da pessoa humana" é fruto da "(...) perda do valor por assim dizer supra-individual da família". (TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In.: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. p.398-426 p. 395)

⁶⁴ Esta afirmação tem uma razão especial. O querer das pessoas, no plano da família, as conduz a estabelecer relações, que nem sempre são conduzidas pelo afeto; interesses outros podem estar dirigindo sua formação. Saber qual é o sentimento condutor só é possível na análise da situação concreta e, ainda assim, nem sempre o real motivo aparece. Este é um espaço de trabalho

Os reflexos desta valorização pessoal acabaram fornecendo elementos para visualizar uma família que pode ser denominada de eudemonista, onde a família e o casamento só têm razão de existência na medida em que contribuam para o desenvolvimento pessoal dos cônjuges.

Ganham destaque as funções afetivas da família, que passa a ser vista como "um refúgio privilegiado das pessoas contra a agitação da vida nas grandes cidades e das pressões econômicas e sociais."⁶⁵ É a comunidade de afeto e entreajuda a que se referem José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ.⁶⁶

Nestes termos, Antunes VARELA pontua que o "círculo real das relações familiares foi-se estreitando cada vez mais, por força do condicionalismo da vida urbana",⁶⁷ de modo que a família "converteu-se apenas, ao fim de cada semana, num lugar de refúgio da intimidade das pessoas contra a massificação da sociedade de consumo. Ela constitui hoje um centro de restauração semanal da personalidade do indivíduo contra o anonimato da rua."⁶⁸

Constitui essa relação um conceito de família em que o afeto passa a justificar a união, a permanência e a ruptura dos casais, bem como baliza as relações paterno-filiais, desde seu reconhecimento até sua concretização.⁶⁹ Todavia, a família fundada exclusivamente no afeto, pondera François de SINGLY, tem os adultos "a serviço do grupo e principalmente da crianças",⁷⁰ de modo que a família feliz torna seus membros felizes, simplesmente.

para a psicanálise, por exemplo, que opera "com um material muito delicado: sentimentos, fantasias, significações próprias de um ser humano." (PASTORE, Regina. Uma reflexão sobre a psicanálise. In.: **Insigth** : Psicoterapia, São Paulo, ano VII, 79, p. 17-21. p. 19.)

⁶⁵ OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p.11, citando Rheinstein.

⁶⁶ Op. cit., p. 11.

⁶⁷ VARELA, p. 47.

⁶⁸ VARELA, p. 48.

⁶⁹ A relevância do afeto nas relações de família é salientada por diversos autores, dos quais se aponta, a título de ilustração, os seguintes: DIAS, Maria Berenice. Efeitos patrimoniais das relações de afeto. In.: **Repertório IOB de Jurisprudência**. 15/97, caderno 3, p. 229-301. CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In. FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 273-313.

Uma família que efetivamente destaque seus membros se constrói na confluência de amor,⁷¹ indivíduo e relação. Seu sentido transcende a noção de grupo agregado pelo afeto para indicar um espaço privilegiado de realização e desenvolvimento individual numa vida em relação. Assim sendo, a "família se transforma em um espaço privado a serviço dos indivíduos",⁷² construído quotidianamente,⁷³ onde a lógica do amor se impõe ainda mais quando compõe o processo de construção individual de seus membros.

É uma família que pode ser classificada como "relacional e individualista",⁷⁴ que respeita a verdadeira natureza do indivíduo, sua identidade pessoal e autonomia, sem conduzir a um narcisismo ou a um sujeito atomizado pois passa, necessariamente, pela "atenção do olhar do outro".⁷⁵

O individualismo, nesta perspectiva, observa o indivíduo num relacionamento na medida em que ele precisa "para tornar-se ele mesmo, do olhar das pessoas a quem ele atribui importância e sentido", os outros significativos, parceiros conjugais, pais, filhos, que desempenham uma função validante no processo de construção de uma maneira de ver o mundo e de se ver enquanto

⁷⁰ SINGLY, François de. O nascimento do 'indivíduo individualizado' e seus efeitos na vida conjugal e familiar. In.: **Família e individualização**. Org. Clarice Ehlers Peixoto, François de Singly e Vincenzo Cicchelli. Rio de Janeiro : Editora FGV, 2000. p. 7-11. p. 15.

⁷¹ O sentido de amor aqui apontado é aquele indicado por Anália TORRES, ao qual ela denomina de amor-construção. Essa "perspectiva caracteriza-se por se assumir desde logo que, se o amor e a paixão foram o pretexto inicial para o casamento, rapidamente ele foi se transformando num sentimento mais estável, mais 'construído'. Descobriram-se aspectos novos e até outros sentimentos - de que forma ele se preocupa com a criança, a descoberta dela no papel de mãe - ao mesmo tempo que se desidealiza o parceiro e ele cai do pedestal para se tornar mais falível, mesmo entusiasmamente, mais previsível e, possivelmente, mais próximo. Ou, em alternativa, começam a definir-se distâncias, cristalizam-se conflitos, aumentam as tensões em torno de projetos individuais que se tornam incompatíveis." (TORRES, Anália. A individualização do feminino, o casamento e o amor. In.: **Família e individualização**. Org. Clarice Ehlers Peixoto, François de Singly e Vincenzo Cicchelli. Rio de Janeiro : Editora FGV, 2000. p. 135-56. p. 154-5)

⁷² SINGLY, op. cit., p. 15.

⁷³ O sentido de construção é destacado por Luiz Edson FACHIN, quando afirma que uma família informada por valores dentre os quais se encontra o afeto é um construído: "O valor sócio-afetivo da família, uma realidade de existência. Ela se 'bonifica' com o transcorrer do tempo, não é um dado, é um construído. Se o vínculo genético é um dado, a posse de estado é um construído. Viver juntos, sem liame jurídico prévio, o que mantém essa condição é ser possuidor de um estado." (**Elementos**, p. 309).

⁷⁴ SINGLY, op. cit., p. 15.

⁷⁵ SINGLY, op. cit., p. 14.

indivíduo. Como explica François de SINGLY, "é no espaço onde circula o amor que se constrói uma grande parte da identidade pessoal dos indivíduos."⁷⁶

Esta família de caráter afetivo, relacional e individualista assenta sua permanência e sua instabilidade num mesmo ponto, o amor. Ao mesmo tempo em que se deseja permanecer junto, o que a fortalece, não é possível afirmar que tal situação será duradoura, o que a enfraquece. "É nesta tensão entre os dois pólos que se constroem e se desfazem as famílias contemporâneas",⁷⁷ mantidas não por força da lei, mas pela vontade e disposição dos sujeitos que dela fazem parte e constituem a principal meta da tutela jurídica.

Esta família reflete um "mosaico da diversidade, ninho de comunhão no espaço plural da tolerância",⁷⁸ um verdadeiro tripé de fundação. Na diversidade, a "existência do *outro* torna possível fundar a família na realização pessoal do indivíduo que respeitando o 'outro' edifica seu próprio respeito e sua individualidade no coletivo familiar."⁷⁹ "A família surge como espaço privilegiado para que os opostos possam vir a se tornar complementares",⁸⁰ dando condições de construção de identidade ao sujeito, o que é possível na medida em que se tem o outro como espelho.⁸¹

A existência de comunhão valoriza o afeto,⁸² que passa também a informar as relações de parentesco e não mais se limita aos vínculos consangüíneos ou

⁷⁶ SINGLY, op. cit., p. 14.

⁷⁷ SINGLY, op. cit., p. 15.

⁷⁸ FACHIN, **Elementos**, p. 306. Sem grifos no original.

⁷⁹ FACHIN, **Elementos**, p. 306. Grifo no original.

⁸⁰ ZAMBERLAN, op. cit., p. 14.

⁸¹ Assevera Alain TOURRAINE que "O primeiro nível de transformação é a passagem do Sujeito isolado para a relação entre indivíduos reconhecidos ou mais exatamente se reconhecendo mutuamente como Sujeitos. O indivíduo só pode se constituir como Sujeito autônomo por meio do reconhecimento (*recognition*) do Outro, (...) Reconhecer o Outro não consiste nem em descobrir nele, como em mim mesmo, um Sujeito universal, nem em aceitar sua diferença, mas reconhecer que nós fazemos, com materiais e em situações diferentes, o mesmo tipo de esforço para combinar instrumentalidade e identidade." (TOURRAINE, Alain. **Igualdade e diversidade** : O sujeito democrático. Bauru : EDUSC, 1998. p. 81-2)

⁸² Neste sentido, é de se observar que o afeto "representa uma forma de se dar visibilidade às relações de família, uma vez que é em sua função que elas se formam ou se desfazem." (p. 298)

formais. O afeto, nestes termos, exerce um papel de construtor e promotor das relações familiares.⁸³

E a tolerância, que contém em si o "convívio de identidades, espectro plural, sem supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos",⁸⁴ supõe possibilidade e limites que caracterizam o espaço de coexistência que é, ou ao menos se espera que seja, a família.⁸⁵

Este, em verdade, é o elemento indispensável para amalgamar coexistência e diversidade de modo que a construção de uma vida comum "permita o reconhecimento de uma pessoa enquanto pessoa. A relação amorosa ou afetiva é vista como um espaço favorável à revelação progressiva da identidade pessoal, não devendo assim sufocar. Cada um busca a fórmula mágica que lhe possibilite ser 'livre junto'".⁸⁶

Uma vez que a mudança de paradigma foi profunda a ponto de se poder visualizar dois modelos jurídicos de família, cada um representativo de um momento do sistema, é possível e preciso examinar as relações típicas de família sob a perspectiva da tutela prioritária da dignidade da pessoa humana.

Sua força pode ser sentida tanto na relação conjugal como na paterno-filial. Para maiores reflexões sobre o tema, CARBONERA, O papel, op. cit.,

⁸³ Anália TORRES explica que a idéia de amor não é relevante unicamente para o cotidiano do cidadão, já que provoca reflexos em várias áreas de interesse como, por exemplo, na escolha de um parceiro conjugal e os efeitos decorrentes nas relações de parentesco e transmissão de patrimônio. "Nessa perspectiva, o amor não se trata apenas de um sentimento que pairaria acima ou fora da vida social e que, como tal, só poderia ser analisado no quadro da psicologia ou do inconsciente. Ele é considerado uma espécie de mola propulsora da ação, uma força que, no quadro dos valores das sociedades contemporâneas, tem o poder suficiente para criar, em sentido real e figurado, novas relações sociais. Poder para agir, força para criar, mas nem sempre com as mesmas margens de liberdade, nem com ausência de controle." (TORRES, op. cit., p. 147).

⁸⁴ FACHIN, **Elementos**, p. 306.

⁸⁵ Exige-se, para isso, um espaço igualitário ou, ao menos, onde a igualdade material seja reconhecida. E isto exige reconhecimento da diferença para que cada um possa se construir como indivíduo e personalidade como afirma Alain TOURAINE: "Somos todos iguais na medida em que todos procuramos construir nossa individualização." (op. cit., p. 70) E completa "É no extremo oposto de todo princípio universalista que é preciso procurar um princípio da igualdade, na vontade e no esforço de cada um para ser diferente de todos os outros e para criar sua própria vida particular." (op. cit., p. 71.)

⁸⁶ SINGLY, op. cit., p. 16.

3 PREMISSAS DE VIAGEM

A estrutura clássica do Direito de Família pode ser visualizada a partir de conceitos que procuram explicar as linhas gerais deste ramo do Direito. José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ, com base nas relações possíveis, afirmam que "o Direito de Família é um conjunto de normas jurídicas que regulam as relações entre pessoas ligadas pelo vínculo do casamento, do parentesco, da afinidade ou da adoção",⁸⁷ teor compartilhado por Orlando GOMES.⁸⁸

Clóvis BEVILÁQUA apresenta um conceito mais detalhado onde o Direito de Família cuida da "celebração do casamento, seus efeitos pessoais e econômicos, suas duração e dissolução, a determinação do parentesco, do dever alimentar, do pátrio poder, da tutela e da curatela."⁸⁹

Nesta forma de análise, um aspecto interessante é a remissão do conteúdo de Direito de Família às normas que tratam das relações familiares. Isto acaba evidenciando que somente as contempladas em lei⁹⁰ o integram. "Se nele estão as relações entre pessoas ligadas pelo casamento, pelo parentesco, pela afinidade e pela adoção, o que nele se inclui explica os valores dessa eleição e o sentido do que dele se exclui."⁹¹ Deste modo, "a 'família do Direito', por seus meios e instrumentos, acolhe e define a família jurídica, o que pode e o que não pode ser juridicamente componente da família."⁹²

⁸⁷ OLIVEIRA; MUNIZ, p. 09. Os autores não fazem menção ao Direito Assistencial.

⁸⁸ Em suas palavras, "Direito de Família é o conjunto de regras aplicáveis às relações entre pessoas ligadas pelo casamento, pelo parentesco, pela afinidade e pela adoção. A tutela e a curatela não se originam de relações familiares propriamente ditas, mas por sua finalidade, conexão histórica e configuração, conservam-se no campo do Direito de Família, como institutos complementares." (GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998. p. 01.).

⁸⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da família**. Campinas : Red Livros Editora e Distribuidora, 2001. p. 34.

⁹⁰ E em especial no Código Civil brasileiro de 1916, que indica o conteúdo do Direito de Família a partir de um passar de olhos em seu Índice Sistemático, contemplando as relações de cunho pessoal e de cunho patrimonial.

⁹¹ FACHIN, **Elementos**, p. 39.

⁹² FACHIN, **Elementos**, p. 40.

Nesta orientação, as relações pautadas numa vontade que tenha rejeitado a instituição matrimonial,⁹³ modo exclusivo de formação de família até 1988, não tiveram lugar na concepção clássica⁹⁴ de Direito de Família e, durante um largo espaço de tempo, também no sentido jurídico de família. "Se concubinato não era apreensível como família, a 'definição-limite' elimina, por isso, o elemento não matrimonial."⁹⁵

Esta forma de pensar o sentido jurídico de família, que tem no ato matrimonial o ponto de partida, revela um motivo específico e um efeito concreto. A codificação, ao destacar o casamento, o colocou em primeiro plano de modo que as relações contempladas pelo ordenamento jurídico eram lidas por sua lente de legitimidade.

Entretanto, a Constituição Federal de 1988 elasteceu o sentido jurídico de família, sem, contudo, produzir uma alteração no modo de visualização de suas relações. Tanto é que "quando se estuda o Direito de Família, indiscutivelmente, deve-se estudar primeiro a união matrimonializada."⁹⁶ A eleição do casamento produziu uma técnica de leitura dos institutos jurídicos de família que partem e passam necessariamente por ele, reconhecendo sua presença ou evidenciando sua ausência.⁹⁷

A opção feita para informar estas reflexões não segue este caminho, embora se utilize dele para apontar alguns aspectos relevantes. O mapa que orienta esta jornada tem seu traçado, em grande parte, a ser construído. Sabe-se que as relações existem, que produzem efeitos na esfera jurídica, e seu destino final pode

⁹³ LABROUSSE-RIOU, op. cit., p. 237.

⁹⁴ Por concepção clássica entenda-se um Direito de Família historicamente localizado na transição do Século XIX para o XX, e que foi codificado em 1916.

⁹⁵ FACHIN, **Elementos**, p. 39-40.

⁹⁶ Completa Luiz Edson FACHIN: "O cenário é conhecido." (**Elementos**, p. 41) Talvez seja exatamente por isso que se mantenha o modo de exame das relações: mantém-se o conhecido porque "a novidade suscita perguntas, curiosidades e dúvidas sobre o que é costumeiro", conforme pondera Isaias PESSOTI (PESSOTI, Isaias. **Aqueles cães malditos de Arquelau**. 6. ed. Rio de Janeiro : Editora 34, 1993. p. 131.)

⁹⁷ Esta técnica foi, em parte, empregada na estruturação do Código Civil brasileiro de 2002, embora tenha ele sido dividido de modo diverso do Código Civil de 1916. Os títulos que tratam "Do Direito Pessoal" e "Do Direito Patrimonial" compreendem as relações conjugais matrimonializadas e as relações paterno-filiais enquanto as uniões não matrimonializadas recebem "destaque" em título próprio: "Da união estável".

ser encontrado no Texto Constitucional: a tutela da dignidade da pessoa humana que permite a criação de condições para o pleno desenvolvimento dos sujeitos.

A delimitação das nuances das relações jurídicas familiares a serem examinadas passa, inicialmente, pelas possibilidades sua de constituição concreta. Sociologicamente, a família, explica Jean CARBONNIER, é um grupo elementar formado por indivíduos que se ligam entre si por um fato de ordem biológica: união de sexos, procriação, descendência de um genitor comum.⁹⁸

Desta breve análise destacam-se dois eixos possíveis para as relações familiares: o conjugal, dito horizontal, ou o paterno-filial, que pode ser denominado de vertical. Estas duas dimensões assentam em dois aspectos, gênero e geração,⁹⁹ cuja ligação é ressaltada por Lluís FLAQUER: “A família é uma encruzilhada na qual confluem gênero e geração (...) O que chamamos família não constitui senão a imbricação de duas dimensões intimamente entrelaçadas entre si : seus eixos horizontal e vertical”¹⁰⁰

Tais eixos estão de tal forma imbricados que, segundo o próprio FLAQUER, “Em seus termos essenciais, toda família elementar é formada por, pelo menos, duas pessoas adultas de sexo diferente, a finalidade primordial desta união, geralmente, è engendrar, criar e socializar novos seres.”¹⁰¹

Pode se observar que a vinculação entre a relação conjugal e a existência de filhos dela decorrentes esboça um desenho completo de família. Entretanto, prossegue o autor afirmando que “somente em épocas muito recentes chegou-se a pensar na possibilidade que a esterilidade voluntária do casal pudesse ser

⁹⁸ O texto, em idioma original, tem o seguinte teor: "Sociologiquement, la famille est un groupe élémentaire formé d'individus que relie entre eux un fait d'ordre biologique: union des sexes, procréation, descendance d'un procréateur commun." (CARBONNIER, Jean. **Droit civil** : La famille, les incapacités. 2 ed. Paris : Presses Universitaires de France, 1979. p. 15.) Este aspecto também é destacado por LABROUSSE-RIOU, op. cit., p. 17.

⁹⁹ Estes critérios não se confundem com aqueles apontados por Andrée MICHEL, op. cit., sexo e idade, pois têm função diversa: indicam os dois tipos básicos de relação de família enquanto aqueles são empregados para tratar dos papéis familiares.

¹⁰⁰ FLAQUER, Lluís, **El destino de la familia**, p. 37. Em idioma original: "La familia es una encrucijada en que confluyen género y generación. (...) Lo que llamamos familia no constituye sino la imbricación de dos dimensiones íntimamente entrelazadas entre sí: sus ejes horizontal y vertical."

¹⁰¹ FLAQUER, op. cit., p. 37. Em idioma original: "En sus términos esenciales, toda familia elemental está formada por al menos dos personas adultas de distinto sexo, la finalidad primordial de cuya unión, por lo general, es engendrar, criar y socializar nuevos seres."

expediente legítimo no momento de dar vida a uma família, da mesma forma como também se começou a duvidar da necessidade do caráter heterossexual da união.”¹⁰²

Outro recorte de exame remete à natureza das relações jurídicas de família,¹⁰³ sejam elas conjugais ou paterno-filiais, nas quais é possível identificar basicamente duas dimensões: uma exclusivamente pessoal e outra patrimonial, decorrente da primeira.

A esfera de relações predominantes no Direito de Família é a de cunho pessoal, denominadas intrinsecamente familiares,¹⁰⁴ que formam os denominados direitos de família puros,¹⁰⁵ que estruturalmente não são relações obrigacionais ou reais, e cujo objetivo é dar tutela à "pessoa, nos seus interesses morais e materiais"¹⁰⁶

Excluem-se desta esfera as relações que tenham um conteúdo patrimonial, embora provenham de relações pessoais de família. Estas são relações jurídicas patrimoniais conexas às intrinsecamente familiares, denominadas "direitos familiares patrimoniais,"¹⁰⁷ com estruturas que traduzem direitos de crédito e direitos reais e

¹⁰² FLAQUER, p. 37. Em idioma original, "sólo en épocas muy recientes há llegado a plantearse la posibilidad de que la esterilidad voluntaria de una pareja pueda ser un expediente legítimo a la hora de dar vida a una familia, de la misma forma que también se há empezado a poner en duda la necesidad del carácter heterossexual de la unión."

¹⁰³ A expressão relação jurídica, examinada mais detidamente no capítulo quatro, traz a lume a expressão situação jurídica. Seu sentido é de construção recente, como pondera Francisco AMARAL, para quem ela reflete "o conjunto de direitos e deveres atribuídos pelo direito objetivo a uma pessoa, em determinada circunstância", onde se pode observar uma semelhança com o sentido já consolidado de direito subjetivo. (AMARAL, **Direito**, p. 193) Todavia, por opção, neste trabalho a expressão mais correntemente empregada é relação jurídica, podendo também aparecer situação jurídica subjetiva, que será dita existencial quando o interesse que constitui seu núcleo é pessoal e patrimonial quando o interesse direto tiver tal caráter, consoante pode ser observado em CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In.: FACHIN, Luiz Edson. (org.) **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 31-56. p. 33.

¹⁰⁴ Conforme nomenclatura empregada por Antunes VARELA, op. cit., p. 19

¹⁰⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 11 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998. v. V. Direito de Família. p. 21.

¹⁰⁶ Conforme OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 12.

¹⁰⁷ OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 13.

"cuja preceituação atraem e imitam."¹⁰⁸ Sua existência é efeito direto ou indireto das pessoais.¹⁰⁹

Mas "o que avulta nas relações de Direito de Família não é o patrimônio, não é quantificar economicamente",¹¹⁰ daí porque a extrapatrimonialidade caracteriza tais relações e o estatuto jurídico pessoal tem, ou deve ter, mais espaço que o estatuto jurídico patrimonial.¹¹¹

Estes dois recortes dão condições de uma delimitação inicial do tema. O eixo de relações de família que ocupará o espaço de reflexão é o horizontal,¹¹² e a natureza das relações escolhida é a pessoal. Para se ter condições de deitar um olhar informado pelos princípios constitucionais norteadores do sistema jurídico, que se desprenda daquele matrimonializado e reconheça o alargamento da seara jurídica familiar, é preciso pensar também acerca do local de onde se olham as relações.

O sistema jurídico, ao eleger o matrimônio como vínculo fundador da família, fez mais do que escolher uma forma; privilegiou um modo de olhar a família conjugalizada que acabou condicionando, inclusive, o olhar para as uniões extramatrimoniais. Com a Constituição Federal de 1988, passou a ser possível afirmar modos plurais de constituição de famílias conjugais.¹¹³ Mas, diante disso, também seria possível afirmar que as formas plurais implicam institutos completamente diferentes entre si?

¹⁰⁸ PEREIRA, Caio; op. cit., p. 21.

¹⁰⁹ Desta forma, excluem-se das relações pessoais os efeitos patrimoniais que possam decorrer da violação do dever de mútua assistência material, que se traduz em obrigação alimentar. Os alimentos entre os cônjuges não figuram como dever pessoal na medida em que, embora nasçam naquela seara, habitam as relações patrimoniais, razão pela qual quando houver a referência à relações pessoais de família, o sentido a ser observado é este.

¹¹⁰ FACHIN, **Elementos**, p. 53.

¹¹¹ FACHIN, op. cit., p. 53.

¹¹² Em determinados momentos do texto o eixo vertical terá espaço, o que será expressamente mencionado. Desta forma, sempre que, daqui em diante, a expressão relação de família aparecer, ela estará tratando da relação conjugal.

¹¹³ Conforme afirma Luiz Edson FACHIN, "A união estável e a união livre são fontes de relações de família, o que vem a derrubar a tese de que a única fonte de família é o matrimônio." (**Elementos**, p. 67.).

Restringindo a análise à leitura clássica matrimonializada, a resposta seria afirmativa. A escolha de uma das relações-tipo implica observar todas suas exigências legais e efeitos decorrentes, bem como o conteúdo que lhe é atribuído por lei. A liberdade de escolha se transforma em prisão ao instituto, de modo que os efeitos previstos em lei dele decorrerão.

Todavia, se a leitura ultrapassar a existência, ou não, de um casamento, mas partir da relação conjugal já constituída, independentemente do vínculo que lhe deu origem, restringindo-se unicamente aos aspectos pessoais e se prolongar até o momento imediatamente anterior à produção de efeitos, tem-se outro panorama.

Observando um casal desconhecido que caminha em sua direção, é possível, com uma simples olhadela, dizer se são casados, se vivem em união estável ou em união livre?¹¹⁴ Desconhecendo o tipo de vínculo que os une, no que o relacionamento deles se assemelha e no que difere em relação às três possibilidades apontadas como possíveis para formação de família?

Eles são semelhantes na medida em que há a intenção de viver juntos, formando uma família conjugalizada, pautada nos princípios constitucionais que norteiam as relações conjugais como um todo.

A diferença reside, inicialmente, no modo de constituição escolhido pelo casal, nos efeitos patrimoniais que esta escolha possa produzir e na forma pela qual a relação conjugal possa chegar ao fim. Ao mesmo tempo, iguais e diferentes.

Entretanto, se o modo de constituição da relação for conhecido, a partir do que o sistema jurídico determina, será possível conhecer as condições gerais em que cada uma delas se pautará, uma vez que o ordenamento jurídico estabelece detalhadamente os contornos do casamento, as linhas gerais da união estável, silencia sobre a união livre.

Duas possibilidades, dois modos de ver uma mesma situação fática, a conjugalidade. Dependendo da escolha que se faz, dois resultados distintos: o reconhecimento da diferença ou da semelhança. Os possíveis caminhos a serem seguidos levam a resultados que se afastam em lugar de se aproximar.

¹¹⁴ Isto sem seguir adiante elencando outras tantas possibilidades, como serem namorados, amigos, estarem ocasionalmente lado a lado, serem irmãos, pai e filha, mãe e filho, duas pessoas do mesmo sexo...

A leitura clássica, datada historicamente, serve bem a um modelo segundo o qual o casamento é a fonte exclusiva das relações de família. O aspecto relevante é o vínculo jurídico, aspecto formal que permite o ingresso de relações conjugais à esfera jurídica uma vez que todos os procedimentos sejam rigorosamente cumpridos. A solenidade é o passaporte de ingresso para a legitimidade e esta é condição para a tutela. Mas talvez não sirva a um modelo que tenha no núcleo central das preocupações a pessoa.

A consagração da proteção à dignidade da pessoa humana como princípio fundante do sistema jurídico provocou uma profunda transformação nos institutos do Direito Civil, colocando os sujeitos no centro das preocupações, e na perspectiva da família, alterando o modelo jurídico tutelado. Tornou-se necessário um repensar das relações-tipo no geral e de aspectos pontuais.¹¹⁵ Abre-se um novo horizonte, que permite lançar olhares que revelam novas paisagens, novas nuances, novas preocupações.

O olhar lançado sobre a relação conjugal propriamente dita, vale dizer, sobre a conjugalidade, independe do vínculo jurídico que lhe deu causa para provocar a necessidade de uma efetiva tutela aos cônjuges que dela participam. São pessoas que receberam da lei a promessa de um tratamento prioritário e que, sob tal dimensão, concretamente não o têm.

Observa-se, com uma leitura dos conteúdos pessoais das relações conjugais, que a legislação ordinária dá um tratamento diferenciado para situações idênticas, dependendo de onde e como se olha, o que implica uma violação do princípio da igualdade garantido de forma geral no artigo 5º, I, da Constituição Federal.

Quando se afirma a igualdade perante a lei, tem ela um caráter geral, que faz com que duas pessoas, numa mesma situação, não possam ter tratamento legal diverso. Aliás, esta é uma das premissas que o sistema tem para garantir a segurança jurídica. Assim sendo, a incidência da igualdade pode ter dois resultados, dependendo de como se vê a relação conjugal.

¹¹⁵ Um dos aspectos pontuais foi destacado por Heloisa Helena BARBOSA, logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando a autora afirmou que "Não se deve tolerar, porém, qualquer distinção entre famílias, quer se origine do casamento ou não, devendo ser banidas da lei civil as qualificadoras *legítima* e *ilegítima*." (Novas tendências do direito de família. In.: Revista da Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 1993. p. 229)

Se a perspectiva for a tradicional, a igualdade perante a lei impõe que o tratamento dado a todos os homens e mulheres casados seja idêntico, o mesmo acontecendo com homens e mulheres conviventes. Isto porque esta leitura condiciona a produção de efeitos à forma escolhida para a constituição daquela família, inclusive, excluindo qualquer outra modalidade não prevista em lei.¹¹⁶

Entretanto, se o exame partir da conjugalidade, viés escolhido para este trabalho, a igualdade terá efetividade se o tratamento jurídico for idêntico a todos os homens e mulheres que tenham um relacionamento conjugal, independente de ser ele matrimonializado ou não. A legislação ordinária não pode diferenciar onde o princípio constitucional não o fez e a situação concreta não enseja. Viver junto é viver junto, independente do vínculo que informa o momento da constituição da união. E não reconhecer esta similitude implica, sim, um tratamento diferenciado que não pode encontrar espaço no sistema jurídico.

Alguns efeitos concretos já podem ser observados neste sentido. A afirmação constitucional da igualdade não se deteve diante de barreiras que porventura pudessem ser colocadas em razão do vínculo conjugal. A conjugalidade, segundo garante este princípio, não pode ter os papéis conjugais predeterminados de modo que as atribuições familiares conjugais incumbem a ambos, indistintamente, respeitadas, é claro, as características e qualidades individuais.

Mas, ainda no eixo horizontal, os deveres atribuídos aos cônjuges, seja em razão do casamento ou motivados por uma união estável, não sentiram concretamente os efeitos destes novos contornos jurídicos de família. Acerca deste aspecto, que se liga diretamente aos sujeitos, a seus comportamentos, a sua liberdade e a sua dignidade, continua-se pensando como nossos pais. Ou quase.

Enquanto a leitura das relações exclusivamente pessoais desconhecer a situação fática e passar necessariamente pelo tipo de vínculo que lhe deu origem, o teor do que está sendo lido será sempre semelhante. O que se propõe é uma leitura diferenciada, que parte da conjugalidade, independente do vínculo que lhe deu origem, numa busca de tutela para situações jurídicas familiares que permitam aos indivíduos condições de crescimento, de desenvolvimento de suas personalidades.

¹¹⁶ Tem-se, aqui, o não reconhecimento jurídico de união homossexual como família, tratamento idêntico dado àquelas uniões heterossexuais que não possam ser convertidas em casamento.

Tal leitura terá como objeto os dois recortes feitos anteriormente, as relações jurídicas do eixo horizontal de natureza pessoal, observadas as linhas gerais das idéias já expostas até este ponto. Diante disto, faz-se necessário pontuar alguns aspectos acerca do que se entende por conjugalidade.

4 POSSÍVEIS SENTIDOS DE CONJUGALIDADE

Conjugalidade, na perspectiva jurídica, remete ao conteúdo dos comportamentos de cunho predominantemente pessoal da relação conjugal, que se traduz tanto nos papéis ou atribuições dos cônjuges como nos denominados deveres conjugais, explicitados em lei ou ditos implícitos.¹¹⁷ Exclui-se desta perspectiva a dimensão material da mútua assistência, que por seu caráter e efeitos patrimoniais deve receber um tratamento diferenciado.

A opção pela expressão conjugalidade assenta em seu sentido plural, rico em nuances, que apontam a composição de um mosaico que é a convivência quotidiana entre os cônjuges, mediante a expressão de seus anseios e objetivos que perpassam os mais variados aspectos da relação. E o emprego da expressão cônjuges é feito em sua homenagem, pois quer apontar as pessoas que estão inseridas numa relação conjugal, independentemente do modo de constituição a ela relacionado.¹¹⁸

A composição de seu conteúdo se dá mediante a junção de noções que podem ser encontradas em diversas fontes. Rodrigo da Cunha PEREIRA, por exemplo, assevera que a conjugalidade é um espaço para as relações afetivas a ser reinventado; antes base de um núcleo econômico, torna-se um "espaço do

¹¹⁷ Estes são destacados por CAHALI, **Divórcio e separação**, p. 63; Jean CARBONNIER, **Droit**, p. 94.

¹¹⁸ Aliás, neste sentido, é relevante que se tenha em conta a dificuldade de elaborar um trabalho acadêmico em que se quer traçar um desenho coerente com a realidade, e, portanto, diferente daquele que lhe deu origem, ao mesmo tempo que as expressões-chave a serem empregadas vêm carregadas de um sentido histórico, como é o caso de cônjuge, tradicionalmente relacionado ao participante de uma família matrimonializada.

companheirismo e do afeto",¹¹⁹ revelando já não ser o mesmo previsto pelo ordenamento jurídico.

Anália TORRES analisa detalhadamente as dimensões da conjugalidade na perspectiva sociológica.¹²⁰ O primeiro aspecto remete às "relações e trajetórias sociais e de gênero. (...) 'na unidade de personalidades em interação, existindo primordialmente para o desenvolvimento e gratificação mútua dos seus membros unidos mais por coesão interna do que por pressões externas.' "¹²¹ E, segundo afirma, tais personalidades não são apenas "unidades psíquicas, mas também personalidades sociais e 'sexuadas'".¹²²

Há uma valorização de todos os sentidos dos indivíduos na relação familiar, que podem ter na família um espaço de crescimento individual e mútuo na medida em que nela interagem e permanecem voluntariamente.

A segunda dimensão "se refere à produção de sentido e de identidade."¹²³ Numa esfera destaca-se a relação com o outro significativo, que na conjugalidade é o parceiro ou cônjuge que preenche a referida função validante, traduzida no olhar daquele a quem atribui importância e sentido.

Noutra, extrapolam-se os limites da relação conjugal na medida em que destaca o aspecto da parentalidade, que consiste na "promessa de outros investimentos 'existenciais' ligados à produção de seres humanos."¹²⁴ Neste sentido, o outro significativo é o filho em relação a quem se constrói a identidade de pai.

A terceira dimensão tem em conta a "afetividade, em sentido amplo, nela ocupando lugar de destaque a vertente amorosa da relação e a concretização da

¹¹⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A culpa no desenlace conjugal. In. : **Direito de família e ciências humanas**. São Paulo : Jurídica Brasileira, 2000. Caderno de estudos : n. 3. p. 136.

¹²⁰ TORRES, op. cit.

¹²¹ A autora informa, na página 137, que o conceito é a definição de família apresentada por Burgess, em: OSMOND, M. W. Radical-critical theories. In.: Sussman, Marvin B. & Steinmetz, Suzanne K. (eds.). **Handbook of marriage and the family**. New York, London, Plenum, 1987. p. 113. A citação direta não foi possível por não se ter acesso à obra referenciada.

¹²² TORRES, op. cit., p. 137

¹²³ TORRES, op. cit., p. 137.

¹²⁴ TORRES, op. cit., p. 137.

sexualidade."¹²⁵ Há um destaque para o aspecto afetivo que une o casal e que mantém a ligação existente. Todavia, observa-se que "a vertente afetiva inclui e transcende o sentimento amoroso e a sexualidade"¹²⁶ na medida em que a maternidade e a paternidade ganham espaço na conjugalidade.

A quarta dimensão identifica um sentido concreto na união "como fonte produtora de realidade, já não tanto no sentido simbólico, mas mais especificamente no sentido das condições materiais."¹²⁷ Com a construção da conjugalidade, nasce uma nova situação em termos de condições materiais de existência que se traduzem, por exemplo, na partilha de recursos e despesas, em que ambos assumem novos encargos próprios do viver junto, bem como no surgimento de novas relações afetivas que têm espaço quando do nascimento de filhos.

Esta aponta para um processo dinâmico específico, composto pela sucessão de fases na vida conjugal, que não somente cuida dos indivíduos e de seu crescimento pessoal como se traduz constantemente em novas condições que atendam àquele momento e necessidades específicas. "Há, assim, 'tempos' diferentes na conjugalidade, por corresponderem a distintas situações objetivas. (...) O casamento constitui-se em processo produtor de dinâmicas e constrangimentos específicos."¹²⁸

A quinta dimensão remete para a necessidade de situá-la social e historicamente pois as "idéias, as orientações normativas e os valores sobre os domínios da conjugalidade, da família e da sexualidade vão mudando, como é particularmente visível nos últimos 40 anos."¹²⁹

Diante do aspecto dinâmico de seu conteúdo, parece "indiscutível a necessidade de situar a conjugalidade nas coordenadas espaço/tempo para avaliar, principalmente, de que forma as transformações de valores interpelam os atores

¹²⁵ TORRES, op. cit., p. 138. Destaca a autora que este sentido só recentemente tem recebido atenção da sociologia da família.

¹²⁶ TORRES, op. cit., p. 138.

¹²⁷ TORRES, op. cit., p. 139.

¹²⁸ TORRES, op. cit., p. 139.

¹²⁹ TORRES, op. cit., p. 139.

sociais e que efeitos têm nas suas práticas e representações."¹³⁰ Esta dimensão aponta para a necessidade de um constante estado de alerta no que tange às leituras possíveis que a conjugalidade oferece em todas as suas dimensões, de modo a, por exemplo, assimilar as transformações nas "definições valorativas do que é considerado comportamento adequado perante o casamento, quer no feminino quer no masculino."¹³¹

É possível observar que o conjunto de relações pessoais entre os cônjuges, que na esfera jurídica importam em direitos e deveres recíprocos, expressos em lei ou implícitos, bem como as atribuições pessoais, se traduz numa relação construída, que compreende variados aspectos, e tem seu norte na busca de realização pessoal dos cônjuges.

Esta busca de realização, qualquer que seja ela, é a mola propulsora das atividades do quotidiano de forma geral e na esfera familiar, em princípio, se pauta na construção de uma relação afetiva que satisfaça às necessidades e desejos.

Tendo sido realizada esta delimitação inicial, a seqüência passa por um processo de estruturação das linhas gerais do sistema jurídico em dois momentos: início e, atualmente, percurso necessário para examinar a conjugalidade ligada ao casamento e à união estável e seus contornos possíveis, informados pela tutela da dignidade.

¹³⁰ TORRES, op. cit., p. 140.

¹³¹ TORRES, op. cit., p. 140.

CAPÍTULO SEGUNDO

ESBOÇO DE UM CENÁRIO: ELEMENTOS DE ESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO

E essa ilha desconhecida, se a encontrares, será
para mim, A ti, rei, só te interessam as ilhas
conhecidas, Também me interessam as
desconhecidas quando deixam de o ser¹³²

Afirmar que a singularidade de modo de constituição de família implica uma violação da liberdade de escolha, bem como que o prévio estabelecimento legal de seu conteúdo, no tocante aos papéis e aos direitos e deveres recíprocos, viola tanto a liberdade como a igualdade, só tem espaço e sustentação num sistema jurídico que não esteja enclausurado num formalismo excessivo e cuja tutela prioritária não incida sobre o patrimônio e o sujeito de direito abstrato, dentre vários outros postulados.

O modelo jurídico de família codificado representa um conjunto de relações cuja regulamentação recíproca primou por atender aos objetivos principais do sistema jurídico: buscar segurança, abarcar todas as relações relevantes, tutelar os anseios da classe social que estava no poder.

Para tanto, desenhou-se uma família exclusivamente matrimonializada que era o passaporte de ingresso à esfera jurídica. A tutela aos sujeitos e às suas situações se concretizava na medida em que as relações eram legítimas, tanto a conjugal como a paterno-filial, de modo que a verdade jurídica também assentava sobre este postulado. O vínculo matrimonial civil era indissolúvel, o que aponta duas situações: a marcante influência da Igreja Católica e de seus postulados e a não

¹³² SARAMAGO, op. cit., p. 18.

consideração da possibilidade de se mudar de idéia, desconsiderando, numa certa medida, as pessoas e seus desejos.

A chefia da família era masculina, caracterizando-a como patriarcal e hierarquizada, o que podia ser aceitável uma vez que se precisava de um chefe e, naquele momento histórico, naturalmente era o marido. Mulher e filhos ocupavam posição secundária específica. Tinha-se, com isso, a face pública da família masculina e a face privada feminina.

E a proteção à família, enquanto grupo, se sobrepunha em relação a seus membros, de modo que, em nome da paz familiar, o homem era o chefe da sociedade conjugal,¹³³ o vínculo matrimonial indissolúvel e o comportamento dos cônjuges devidamente controlado diante da possibilidade de imputação de culpa no desquite.

Foi, em linhas gerais, este modelo de família, estruturado pelo sistema jurídico romano-germânico,¹³⁴ que ora se coloca em tela para um exame crítico.¹³⁵ Por tal motivo, é relevante examinar o processo de construção deste sistema para se ter condições de saber se as premissas e valores que informaram a conjugalidade permanecem ou se é possível reconstruir, ou, quiçá, construir um outro sentido.

1 A DELIMITAÇÃO SOBRE O QUE SE ESTÁ FALANDO: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS SISTEMAS JURÍDICOS OCIDENTAIS

De imediato, é relevante examinar algumas premissas que orientaram e deram sustentação ao processo de estruturação do sistema jurídico romano-

¹³³ O que dá à família hierarquizada um caráter transpessoal, conforme OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 16.

¹³⁴ Aqui foi feita uma opção. René DAVID, em sua obra **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**, emprega a expressão **família** para se referir aos sistemas jurídicos europeus. Entretanto, propositadamente ela não será utilizada neste texto, tendo sido substituída por **sistema** uma vez que o tema central do trabalho é a família propriamente dita, no sentido de relação pessoal. (DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3 ed. 2ª tiragem. São Paulo : Martins Fontes, 1998.) John GILISSEN os denomina direitos romanistas, nomenclatura que propositadamente não foi usada. (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2 ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1995. p. 19.)

¹³⁵ Conforme Michel MIALLE, op. cit., p. 22.

germânico. A construção desses sistemas jurídicos ocidentais passa pela existência de uma pluralidade de formas de se operacionalizar o Direito.

Tendo como base territorial a Europa,¹³⁶ é possível detectar grandes sistemas jurídicos, nada obstante se possa constatar uma multiplicidade de normas de conduta, legisladas ou não. Isto porque "as técnicas que servem para as enunciar, a maneira de as classificar, os modos de raciocínio usados para as interpretar, resumem-se, pelo contrário, a certos tipos, que são em número limitados."¹³⁷ Tais sistemas,¹³⁸ segundo René DAVID, são o romano-germânico e a common law.

O sistema da common law, que teve sua origem espacial na Inglaterra,¹³⁹ tem como uma das principais características ter sido formado pelos juizes, diante da necessidade resolver litígios particulares. Suas fontes básicas, apontadas por CAENEGEM,¹⁴⁰ foram o "direito consuetudinário germânico e o direito feudal, completamente independentes do direito romano.

A idéia de um direito comum a todo o Reino, concretizada pelos Tribunais Reais a partir do século XII, permite afirmar que a Inglaterra tinha, desde então, um direito nacional. Destaca-se seu caráter prático e processualista, cujo papel dos

¹³⁶ Não se trata de uma escolha aleatória pois o Velho Mundo, durante o processo de colonização de caráter impositivo de seus próprios valores, exerceu direta e profunda influência em todos os aspectos da estruturação da sociedade brasileira.

¹³⁷ DAVID, op. cit., p. 16.

¹³⁸ René DAVID apresenta um terceiro sistema, o dos direitos socialistas, distinto dos outros dois pois, embora tenha tido uma base idêntica ao romano-germânico, diferenciava-se, buscando estabelecer uma nova estrutura econômica a partir dos valores defendidos pelo partido comunista, a doutrina oficial, e colocava o sentido de direito privado à margem, uma vez que dava grande espaço ao direito público (op. cit., p. 20-1). Entretanto, com o fim da União Soviética, seu berço, é possível questionar se ainda é possível falar nele com tanta autonomia. Então fica somente o questionamento, ao qual não se dará resposta.

É importante destacar que Orlando GOMES apresenta outra divisão, fundada no grau de influência do Direito Romano na formação do sistema. Um primeiro grupo, com influência insignificante, compreende Inglaterra, Rússia, Suécia, Noruega, Dinamarca, Finlândia e Estados Unidos. Noutro grupo se encontram França e Alemanha, com influência do Direito Romano e do Germânico. E um terceiro grupo, com influência do Direito Romano e do Direito Canônico, de que fazem parte Itália, Espanha, Portugal e países latino-americanos. (GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 13 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1999. p. 59).

¹³⁹ Outros países acabaram sentindo influência deste modelo, especialmente os de colonização britânica. No caso dos Estados Unidos da América, acabou-se produzindo um sistema que pode ser dito misto, uma vez que à lei é dado um valor significativo como fonte de direito.

¹⁴⁰ CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. 2 ed. São Paulo : Martins Fontes, 1999. p. 04.

tribunais e dos juizes ocupa nele papel central. E exatamente este aspecto permite afirmá-lo como um direito jurisprudencial. Não se trata, aqui, de um direito consuetudinário,¹⁴¹ uma vez que este deixou de existir a partir do momento em que a common law passa a ter existência como sistema jurídico.¹⁴²

O papel e o espaço da regra foi restrito,¹⁴³ uma vez que seu objetivo específico era dar a solução a um processo, sem formular uma regra de conduta com carácter geral para o futuro. A preocupação que norteou o referido sistema foi "restabelecer a ordem perturbada, e não (...) lançar as bases da sociedade."¹⁴⁴

Neste sentido, a "common law não se apresenta como um sistema que visa realizar a justiça; é mais um conglomerado de processos próprios para assegurar, em casos cada vez mais numerosos, a solução dos litígios."¹⁴⁵

Por fim, ela apresenta um componente histórico que não pode ser ignorado, uma vez que foi construído por sobre uma base jurisprudencial ao longo de séculos. Destaca-se sua continuidade pois "em seu desenvolvimento não houve qualquer ruptura comparável à que foi causada pelas grandes codificações modernas no continente."¹⁴⁶

Pode também ser detectado um carácter racional a partir do momento em que "foi necessário, para cada questão, procurar a solução mais conforme a razão, e um

¹⁴¹ Neste sentido, René DAVID é contundente: "Antes de tudo o mais, devemos abandonar a ideia tão corrente de que o direito inglês é um direito consuetudinário. Esta ideia advém para muitos juristas do continente europeu da admissão da alternativa: ou o direito é um direito escrito, fundado sobre os códigos, ou não é um direito escrito e, por conseguinte, é consuetudinário. O direito inglês nunca foi um direito consuetudinário; é um direito jurisprudencial." (op. cit., p. 351).

¹⁴² Aliás, segundo René DAVID, a "common law é, por oposição aos costumes locais, o direito comum a toda a Inglaterra." (op. cit., p. 286).

¹⁴³ Segundo René DAVID, a partir do século XIX, aconteceu um grande desenvolvimento da legislação, que, entretanto, não se assemelha ao processo de codificação do sistema romano-germânico pois os tribunais continuaram a desenvolver seu tradicional papel de espaço de desenvolvimento do direito. Já no século XX, as "leis e regulamentos adquiriram uma importância desmedida em comparação com a situação anterior" revelando que as linhas gerais da common law estão passando por uma grande crise, especialmente se se pensar que a Inglaterra faz parte da Comunidade Européia, cujo sistema jurídico traz inúmeros elementos completamente diferentes daquele. (op. cit., p. 301-2) Atendendo ao propósito deste tópico, o exame deste sistema jurídico será concentrado em sua gênese, não se estendendo mais que isso ao momento atual.

¹⁴⁴ DAVID, op. cit., p. 19.

¹⁴⁵ DAVID, op. cit., p. 291.

¹⁴⁶ CAENEGEM, op. cit., p. 04.

elemento determinante para descobrir esta solução foi o desejo de assegurar a coesão das decisões de justiça, o que supõe inevitavelmente um certo recurso à lógica."¹⁴⁷

A bem da verdade, assevera René DAVID, "(...) é que os ingleses gostam de pôr em evidência esse caráter tradicional, enquanto que os franceses preferem evidenciar o caráter racional e lógico do seu direito."¹⁴⁸ Entretanto, ambos assentam suas bases na razão, embora as vias utilizadas para se chegar a ela tenham sido diferentes. E tanto o sistema romano-germânico como a common law são fruto da história, sendo ela apenas diversa.

Acerca do sistema romano-germânico, inicialmente é relevante destacar que a base territorial em que ele se desenvolveu foi a Europa Continental, não sendo possível precisar sua efetiva data de nascimento,¹⁴⁹ uma vez que se trata de um processo de formação, composto de inúmeras fases e momentos relevantes.¹⁵⁰

Apresentava um caráter científico e doutrinário, reflexo do estudo do Direito Romano nas Universidades a partir do Século XII,¹⁵¹ dando base para a estruturação do sistema jurídico cujas linhas gerais ora ainda estão vigentes.

O viés doutrinário e erudito, pensado e construído nas Universidades, deu ao Direito um caráter cosmopolita e supranacional,¹⁵² que não observava fronteiras físicas. Foi fundado, conforme assevera René DAVID, "sobre uma comunidade de cultura", independente "de qualquer intenção política."¹⁵³ Ao mesmo tempo, foi local e regional, quando observava costumes e cartas.¹⁵⁴

¹⁴⁷ DAVID, p. 354.

¹⁴⁸ DAVID, op. cit., p. 283.

¹⁴⁹ Entre os séculos XII e XIII, René DAVID localiza tal nascimento, ligando-o ao renascimento que então estava se manifestando em todos os planos da sociedade de então. (op. cit., p. 31)

¹⁵⁰ René DAVID pontua que tal família tem uma longa história, ligando-se ao direito da Roma antiga mas apresentando significativas transformações e recebendo influências de outras fontes no decorrer dos séculos. (op. cit., p. 25)

¹⁵¹ Conforme CAENEGEM, op. cit., p. 03.

¹⁵² CAENEGEM, op. cit., p. 02.

¹⁵³ DAVID, p. 32, grifados no original.

¹⁵⁴ CAENEGEM, op. cit., p. 02.

É interessante observar que a existência de um caráter comum do Direito, ao menos em suas linhas gerais, permitiu que o sistema jurídico romano-germânico tivesse suas linhas gerais pensadas e estruturadas em vários locais, guardando respeito tanto aos elementos gerais norteadores daquela época como a situações peculiares, próprias de cada região.

Assim, nos cinco séculos que se seguiram ao seu surgimento, as linhas gerais do sistema foram delineadas, tornando visível um sistema jurídico que refletia os valores então vigentes - ou desejáveis de vigência - para então se passar a ter o sentido de um Direito Nacional, concretizado pela elaboração e vigência de normas que passaram a respeitar os limites territoriais dos Estados Modernos.¹⁵⁵

Tais linhas gerais formam a base do sistema jurídico racionalista ocidental, motivo pelo qual exigem uma análise e reflexão mais detida, posto que elucidam alguns aspectos relevantes ao tema do presente trabalho.

2 O DESENHO DO PANO DE FUNDO PARA A ESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO ROMANO-GERMÂNICO

Quando não se é testemunha ocular do momento histórico que está sendo examinado, torna-se difícil descrevê-lo minuciosamente ou possível reconstruir com fidelidade os modos de pensar então existentes.¹⁵⁶ Resta, com base no que já foi dito, destacar os aspectos que se mostram mais relevantes ao que se está examinando.

Ambientado da Idade Média, o Feudalismo revela-se importante a partir do momento em que apresentava uma estrutura social que, numa certa medida, serviu de espelho para a construção do modelo social moderno. "Tratava-se de uma sociedade estamental, fundada na posse da terra e na produção econômica agrária,

¹⁵⁵ A noção de Direito Nacional compreendida como "um código único e exclusivo e um sistema único e exclusivo de tribunais nacionais para cada país", explica R. C. van CAENEGEM, "é um fenômeno recente e transitório". (op. cit., p. 02.)

¹⁵⁶ Nesta parte do trabalho, alguns dos marcos teóricos são os seguintes: WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico** : Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 2 ed. São Paulo : Alfa Omega, 1997; CAPELLA, Juan Ramon. **Fruta proibida** : Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado. Madrid : Editorial Trotta, 1997; ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**. 2 ed. São Paulo : Jorge Zahar, 1994; Duarte Júnior, João-Francisco. **Itinerário de uma crise** : A modernidade. Curitiba : Editora da UFPR, 1997; CAENEGEM, op. cit.

profundamente marcada por relações sociais de servidão (...) e por uma hierarquia de privilégios.”¹⁵⁷

Observando o todo social de então, podia-se ver um panorama fragmentário. A produção agrícola era basicamente de subsistência, verificava-se desagregação e instabilidade política, os núcleos populacionais eram isolados, dispersos e quase incomunicáveis entre si. Observou-se uma queda demográfica significativa e os modos de vida eram brutalizados.¹⁵⁸

Numa certa medida, não era possível detectar a existência de um número restrito de centros de poder, provocando sua regionalização. As relações de poder provinham de laços de dependência pessoal,¹⁵⁹ vinculando os servos ao seu senhor feudal.

Os meios bélicos eram um dos mecanismos utilizados para conservá-lo e aumentá-lo, de modo que a capacidade para a guerra dava visibilidade ao grau de poder de cada senhor, gerando uma hierarquia entre eles.

Outro mecanismo era o casamento. Importantes alianças políticas se consolidavam por meio de sua realização, incrementando dotes e heranças comuns e gerando, segundo CAPELLA, “um *título jurídico* para reivindicar, por meio das armas, domínios sobre os que se alegava um direito hereditário.”¹⁶⁰

O direito, na Idade Média, desempenhava um papel subalterno em relação àquele ocupado na Civilização Romana. Apresentava uma “estrutura difusa, assistemática e pluralista, pois cada reino e cada feudo regia-se por um Direito próprio.”¹⁶¹ E, reconhecendo a desigualdade e os interesses das classes existentes,

¹⁵⁷ WOLKMER, **Pluralismo**, p. 23.

¹⁵⁸ CAPELLA, op. cit., p. 85.

¹⁵⁹ Michel MIAILLE explica que “as relações entre o servo e o senhor são explicáveis não directamente pela economia mas por um laço de dependência pessoal: o servo detentor dos meios de produção e produtor directo não cumpre os seus tributos para com o senhor senão em razão de uma ligação de dominação espiritual e política.” (p. 116.) Juan Ramon CAPELLA também destaca esta relação de reciprocidade de compromisso entre senhor e servo: ao servo, se homem, incumbia trabalhar a terra, e se mulher, atendendo-o na cama. O senhor protegia com armas seu domínio e a população que nele morava. Tinha, ainda, poder econômico, político, militar, jurídico e ideológico sobre servos e vassalos. (CAPELLA, p. 86.)

¹⁶⁰ CAPELLA, p. 86-7. Grifado. Texto no original: “un *título jurídico* para reivindicar por las armas dominios sobre los que se alegaba un derecho hereditario.”

¹⁶¹ WOLKMER, **Pluralismo**, p. 24.

pode ser definido como um estatuto jurídico não abrangente, "produzido para legitimar a especificidade de uma hierarquia social claramente estabelecida nas distinções entre clero, nobreza e campesinato."¹⁶²

O discurso público era essencialmente o religioso a tal ponto que, segundo Juan Ramon CAPELLA, as noções jurídicas "experimentaram uma mutação que as fazia retroceder à linguagem sacerdotal"¹⁶³

É possível observar a marcante presença do poder divino como elemento condutor das relações sociais no medievo. Sob tal perspectiva, "A teologia cristã era o principal material intelectual disponível para *legitimar* a nova configuração do mundo social."¹⁶⁴ Reflexo disto, a noção de Direito Natural "tinha conotações religiosas e estava identificada a uma lei divina distinta das leis humanas, as quais aquelas leis não podiam transgredir."¹⁶⁵

O Universo, visto sob a ótica de uma ordem, era concebido como a criação de um Deus, que o governava de forma pessoal e direta, onde cada ser humano ocupava um lugar determinado. Tal ordem era produto da razão divina,¹⁶⁶ e, numa certa medida, mantida com a observação e aplicação da lei, com conteúdo teológico, e alcance em três esferas distintas: a lei eterna ou divina, a lei natural e a lei positiva.¹⁶⁷

A presença do fundamento divino em todas as esferas da vida do medievo demonstra, dentre outras coisas, o grande fundamento do poder de então. Entretanto, é de se observar que o modelo de sociedade feudal passou por transformações em todos os aspectos.

¹⁶² WOLKMER, **Pluralismo**, p. 24.

¹⁶³ CAPELLA, p. 87. Em idioma original: "experimentaron una mutación que las retrotraía al lenguaje sacerdotal."

¹⁶⁴ CAPELLA, p. 87. Grifado. Texto no original: "La teologia cristiana era el principal material intelectual disponible para *legitimar* la nueva configuración del mundo social."

¹⁶⁵ CAENEGEM, op. cit., p. 164.

¹⁶⁶ CAPELLA, p. 88.

¹⁶⁷ Segundo Juan Ramon CAPELLA, a lei eterna era a lógica pela qual o Deus da escolástica medieval governava sua criação. A lei natural, em linhas gerais, era a lei divina, ou parte dela, dada ao conhecimento dos homens, com caráter universal e imutável, segundo o qual se professava fazer o bem em lugar do mal. E a lei positiva, ou humana, era aquela promulgada por uma autoridade, desde que fossem dirigidas a um bem comum e fossem congruentes com a lei natural. (p. 88-9).

Gradativamente, a justificação divina foi perdendo espaço¹⁶⁸ e o poder temporal foi se fortalecendo ao mesmo tempo em que se consolidava o pensar humanista. Deus deixou de ser o centro do Universo e neste lugar foi colocado o homem, um ser integrado em seu meio e agente da História. Em tais termos, o conhecimento, de qualquer ordem, só poderia ser adquirido por intermédio da razão e da observação.¹⁶⁹ O pensar e o agir caminhavam rumo à Modernidade.¹⁷⁰

Esta arejada no pensar medieval teve profunda influência do Renascimento,¹⁷¹ por volta do século XV, que, dentre os vários aspectos relevantes, afirmou o valor do homem e, por via reflexa, da razão que o caracterizava. Sua presença pode ser sentida nas artes plásticas, na literatura e na construção de um espírito científico pautado na observação e no desenvolvimento de um espírito crítico.¹⁷²

Outro significado relevante foi provocar e alimentar o processo de contestação da supremacia do poder divino, o que, numa certa medida, deu condições a Martin Lutero para iniciar a Reforma Protestante pois, conforme

¹⁶⁸ Explica Eduardo de Oliveira LEITE que "A idéia arraigada no espírito do homem medieval (...) é a de que o poder sempre emana de Deus. Nunca a Idade Média deixou de associar o poder ao sagrado e ao divino. A idéia de um poder profano é impensável para o homem do século XIV ou XV. Por isso, quando se trata de um conflito que contrapõe o temporal ao espiritual, surge, desde logo, a necessidade de determinar que, o papa ou o imperador, é instituído por Deus." **Tratado de direito de família** : Origem e evolução do casamento. Curitiba : Juruá, 1991. v. 1. p. 236.

¹⁶⁹ Este processo acabou consolidando uma divisão entre os seres, permitindo se falar de pessoa e coisa, como pontua José Antônio Peres GEDIEL: "A Filosofia racionalista moderna, abandonando o argumento teológico, buscou, na racionalidade humana, a justificativa para aprofundar o abismo que se abria entre os homens, e entre estes e os demais seres. Nessa perspectiva, tudo que se apresentasse externamente ao homem só entrava no seu campo de conhecimento ou interesse, se passível de ser percebido pela razão, na qualidade de objeto de análise filosófica ou científica, ou de objeto de apropriação jurídica." (GEDIEL, José Antônio Peres. **Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano**. In. FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 57-85. p. 61.)

¹⁷⁰ Conforme pontua Judith MARTINS-COSTA, é impossível estabelecer com precisão quando o pensar deixa de ser medieval e passa a ser moderno pois "Humanismo e Renascença designam as duas faces de uma mesma moeda. Humanismo e Renascença penetram ao mesmo tempo na Idade Média e na Idade Moderna, porque a história é a continuidade de uma construção, é duração irredutível a recortes de fatos no tempo cronológico (...)" (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado** : Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999. p. 99)

¹⁷¹ CAPELLA destaca este aspecto, op. cit., p. 99.

¹⁷² Isto foi possível, por exemplo, graças à invenção da imprensa, ao aperfeiçoamento da bússola e de técnicas de cartografia, à afirmação de Copérnico que a Terra girava em torno do Sol.

assevera Eduardo de Oliveira LEITE, "A Reforma é, antes de tudo, um movimento de ampla reação contra o poder decadente da Igreja."¹⁷³

Abre-se ainda mais espaço para uma justificativa terrena de poder que, associada aos pensadores do Renascimento, prepararam as bases para os Estados Absolutistas. Desta forma, "deslocando a legitimidade do poder, da Igreja para o Estado, a Reforma reduz a idéia de cristão e a substitui pela de cidadão, colocando-o, necessariamente, sob o império do Estado."¹⁷⁴

Detecta-se o que se pode denominar de ruptura do pensar medieval, que dá condições de alargamento tanto do pensar como do agir e do estar. Em decorrência deste processo de transformação, lento,¹⁷⁵ as relações comerciais, basicamente fruto de uma agricultura de subsistência no início do segundo milênio, foram enriquecidas tanto em produtos como em riqueza de detalhes. Novas necessidades foram sentidas, tanto motivadas pela maior complexidade daquele momento como diante do aumento da população, que exigia uma capacidade de produção maior do que a artesanal,¹⁷⁶ que até então havia dado conta das demandas das populações.

Novas terras foram buscadas, descobertas e colonizadas e delas novos produtos passaram a fazer parte do cotidiano do europeu, novas frentes de comércio se abriram e novos espaços físicos passaram a ser foco de atenção, especialmente no que tange à implantação e consolidação do poder do Estado colonizador.

Diante de tanta transformação, o homem, que inicialmente produzia para subsistir, passou a produzir ou vender sua força de trabalho para suprir suas necessidades e desejos.¹⁷⁷

¹⁷³ LEITE, op. cit., p. 229.

¹⁷⁴ LEITE, op. cit., p. 236.

¹⁷⁵ Neste sentido, assevera Juan Ramon CAPELLA que "Durante séculos coexistiram na Europa ocidental e central dois modos econômicos diferentes de produção : um feudalismo que se dissolvia lentamente e um capitalismo mercantil crescente que ia ao encontro da indústria." ("Durante siglos coexistieron en la Europa occidental y central dos modos económicos de producción diferentes: un feudalismo que se disolvía lentamente y un capitalismo mercantil creciente que iba camino de la industria.") (p. 97)

¹⁷⁶ Em resposta a tal necessidade, novas máquinas, mais complexas, mais produtivas e movidas inicialmente a carvão e depois a petróleo, operadas por operários assalariados deram origem à Revolução Industrial inglesa. (CAPELLA, p. 98.)

As relações econômicas, comerciais e de produção, de forma geral, perderam o caráter de pessoalidade que lhes informava quando do modelo feudal, passando a ser estruturadas por sobre a impessoalidade das partes, onde “as pessoas valiam em função do que pudessem comprar independentemente da sua origem social.”¹⁷⁸

Tantas transformações acabaram preparando a sociedade para, no século XVIII, recepcionar “um amplo movimento europeu que assumiu uma atitude crítica diante das idéias e da sociedade do *ancien régime* em geral”,¹⁷⁹ o Iluminismo.

Apontado por CAPELLA e AMARAL como um dos movimentos relevantes para a estruturação do sistema jurídico,¹⁸⁰ CAENEGEM, que o localiza temporalmente da metade do século XVIII ao início do XIX, explica que este “breve período foi excepcionalmente importante. Viu a abolição das velhas tradições jurídicas, o breve triunfo do direito natural e a emergência mais duradoura de uma crença nos códigos.”¹⁸¹ E prossegue: “No espaço de poucas décadas, conceitos e instituições, que haviam tomado forma gradualmente ao longo dos séculos, foram abolidos e substituídos.”¹⁸²

¹⁷⁷ Segundo Juan Ramon CAPELLA, só se pode falar em venda da força de trabalho a partir do momento em que os servos deixaram de sê-lo para passar a ter autonomia, ou melhor, para não mais ter a proteção que recebiam do senhor feudal. Segundo ele, “foi necessária a formação de uma massa de seres humanos vagabundos e mendigos, sem terras, que dependesse, para subsistir, da venda da sua própria capacidade de trabalho por um tempo determinado.” (“fue necesaria la formación de una masa de seres humanos vagabundos y mendigos, sin tierras, que dependiera, para subsistir, de la venta de su propia capacidad para el trabajo por un tiempo determinado.”) (p. 97) Michel MIALLE localiza nesta transformação o surgimento de um dos “fundamentos do direito”, o sujeito de direito. “Não é 'natural' que todos os homens sejam sujeitos de direito. Isto é o efeito de uma estrutura social bem determinada: a sociedade capitalista. Mas, então, porque é que isso é necessário nesta sociedade? Precisamente para permitir a realização das trocas mercantis generalizadas.” (p. 117).

¹⁷⁸ CAPELLA, p. 92. Em idioma original: “las personas valían en función de lo que pudieran comprar con independencia de su origen social.”

¹⁷⁹ CAENEGEM, op. cit., p. 162. Grifo no original.

¹⁸⁰ CAPELLA, op. cit., p. 99; AMARAL, Francisco. Descodificação do direito civil. In.: **Anais da XVI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil**, ver local e data, p. 505-21. p. 510.

¹⁸¹ CAENEGEM, op. cit., p. 161.

¹⁸² CAENEGEM, op. cit., p. 161.

Observou-se a construção de um parâmetro de vida diverso, guiado pelos "princípios da razão humana e pelo objetivo de alcançar a felicidade do homem",¹⁸³ aspecto que AMARAL aponta como emancipação¹⁸⁴ do ser humano. E este sentido de emancipação se revelava, também, na "necessidade de liberdade em relação ao passado, de modo a assegurar um futuro melhor. A fé no progresso substituíra a fé na tradição."¹⁸⁵

Esperava-se que a lógica e a ciência fornecessem o fundamento para uma construção de conhecimento mais segura, com a valorização do explicável racionalmente em detrimento do incerto, do inesperado. A razão, neste sentido, cria a ciência, que nasce como um meio para colocar freios ao azar e ao imprevisível, pondo ordem à desordem natural.¹⁸⁶ É como se se construísse um novo modelo de mundo segundo o qual a razão pudesse estabelecer a ordem e o sentido de tudo, como que um conjunto de engrenagens, harmoniosamente organizadas, que movimentassem tudo com precisão e ordem.

Segundo CAPELLA, tal movimento promoveu o que ele denominou de "hegemonia cultural da burguesia"¹⁸⁷, fazendo com que ela entrasse na história e, por via reflexa, também nela ingressassem as classes assalariadas. O surgimento da burguesia como novo ator social, por volta dos oitocentos, em solo europeu, significou seu ingresso na história.¹⁸⁸ Ela tinha existência real sendo composta basicamente de pessoas que viviam nas cidades e comerciavam, produziam produtos artesanais ou industriais e eram atuantes no meio social ao lado dos

¹⁸³ CAENEGEM, op. cit., p. 163.

¹⁸⁴ AMARAL, Descodificação, p. 510.

¹⁸⁵ CAENEGEM, op. cit., p. 163.

¹⁸⁶ Pietro BARCELLONA, neste sentido, afirma que "se quiser conferir uma ordem ao mundo, ao advir, ao movimento, a ciência tem que bloquear o azar e negá-lo, porque deve normalizar, medir, impedir o retorno do caos, da desordem natural." ("si quiere conferir un orden al mundo, al devenir, al movimiento, la ciencia debe bloquear el azar y negarlo, porque debe normalizar, medir, impedir el retorno del caos, del desorden natural.") BARCELLONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Madrid : Editorial Trotta, 1996. p. 19

¹⁸⁷ CAPELLA, p. 99.

¹⁸⁸ Antônio Carlos WOLKMER destaca este início de existência histórica (p. 30) e aponta, também, o capitalismo, que, na medida em que o Feudalismo se esgotava, passou a ocupar espaço informando relações comerciais. (op. cit., p. 25).

senhores e dos servos. Seus personagens atuavam, silenciosamente, por exemplo, nos conselhos municipais que discutiam impostos.¹⁸⁹

A irrelevância histórica, explica Capella, decorria do fato de a burguesia ser "invisível" aos olhos de quem tinha lugar na história, ou seja, a aristocracia e as autoridades. Até então ela não era vista nem como adversária e nem como aliada ou semelhante; era simplesmente inferior.

Com a burguesia ocupando maior espaço e se consolidando como classe social detentora de poder, lugar anteriormente ocupado pela aristocracia, uma nova ordem social passa a ter existência,¹⁹⁰ informada, conforme já apontado, pela razão, conceito básico da modernidade.¹⁹¹

Não se trata, porém, de qualquer sentido de razão. Ao contrário, como explica CAPELLA, é uma razão específica, a burguesa, abstrata e calculista, a lógica da produção capitalista, cujo conceito histórico começou a ser forjado no desenvolvimento das ciências durante o Renascimento, que trouxe promessas de um mundo feliz, próspero e iluminado, que se supõe racionalmente organizado.¹⁹²

A utilização da razão como elemento organizador da sociedade e das idéias nela veiculadas é um dos aspectos marcantes da modernidade. O Racionalismo, enquanto "doutrina que confere à razão o predomínio na gênese do conhecimento humano",¹⁹³ que teve lugar nos séculos XVII e XVIII, e "vê no pensamento, na razão, a fonte principal do conhecimento humano",¹⁹⁴ torna ultrapassada a época em que crenças e mitos explicavam situações e busca uma explicação racionalmente

¹⁸⁹ CAPELLA, p. 99.

¹⁹⁰ BARCELLONA, **El individualismo**, p. 21.

¹⁹¹ CAPELLA, op. cit., p. 103. Na medida em que a razão passa a ser elemento central, exerce um papel unificador na sociedade, que no medievo era desempenhado pela fé. É possível afirmar que na modernidade "a razão substitui a fé." (p. 103).

¹⁹² CAPELLA, op. cit., p. 103. Pietro BARCELLONA ressalta: "A lógica proprietária já esta incorporada ao sistema e garante sua reprodução ilimitada." ("La logica propietaria esta ya incorporada al sistema y garantiza su reproducción ilimitada.") (**El individualismo**, p. 21).

¹⁹³ AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. Separata de "**O direito**", Rio de Janeiro, ano 126, p. 63-81, 1994. p. 66.

¹⁹⁴ AMARAL, Racionalidade, p. 66.

construída e aceita.¹⁹⁵ O mundo deixa de ser onírico para se tornar científico. Neste sentido, a razão foi utilizada para construir uma legitimação leiga para o poder.

Reflexo disso é que os detentores do poder divino perderam força e espaço. Concomitantemente, verificou-se gradativa concentração do poder em mãos leigas, processo sustentado na razão e em seus pensadores, que a utilizaram para justificar uma nova ordem que então estava se instalando: os Estados modernos.¹⁹⁶

Uma vez tendo existência real, embora com um caráter nitidamente abstrato e impessoal, os Estados passaram a atuar no sentido de consolidar o espaço obtido,¹⁹⁷ concentrado o poder em um cargo e não em uma pessoa em especial, estruturando um aparato que permitisse a atuação estatal - burocracia e funcionalismo público - estabelecendo uma divisão do poder e afirmando a independência e harmonia entre eles e vinculando a atuação estatal a limites claros e precisos descritos em lei.

O expediente empregado foi a elaboração de Constituições, textos legais, de caráter público, que dirigissem a atuação do governante de modo que o Estado não ficasse ao sabor de seu humor e se promovesse segurança jurídica. Em seu sentido ideal, as Constituições deveriam ser escritas e conter, minimamente, um sistema de garantias de liberdades fundamentais¹⁹⁸ e a divisão de poderes,¹⁹⁹ além da afirmação da igualdade.

¹⁹⁵ Deixa-se para trás, segundo Juan Ramon CAPELLA, a etapa infantil da humanidade. p. 103.

¹⁹⁶ Pietro BARCELLONA afirma que o ato constitutivo do Estado moderno reside, de fato, na decisão de construir uma nova ordem para a convivência, a partir de uma visão individualista que vê no indivíduo um sujeito que tem necessidade e desejo de posse ilimitado. (**El individualismo**, p. 20).

¹⁹⁷ E o sentido de espaço aqui empregado também compreende o aspecto físico pois o nascimento dos Estados Modernos provocou uma delimitação de território, de modo que a legislação passou a ser relacionada ao sentido de territorialidade, refletindo, inclusive, uma das formas de consolidação do exercício do poder estatal.

¹⁹⁸ Estas, explica Juan Ramon CAPELLA, eram os direitos políticos garantidos aos cidadãos, que continham um conjunto de liberdades tais como de pensamento, de expressão, de reunião, e de direitos e garantias como o voto, a inviolabilidade de domicílio e de correspondência, o processo legal. (p. 113).

¹⁹⁹ Conforme assevera J. J. Gomes CANOTILHO, tal sentido de Constituição data do século XIX e se identifica com os postulados político-liberais. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5 ed. Coimbra : Almedina, 1991.p. 64.) Tal idéia de Constituição traduz, em linhas gerais, "a criação através de lei formal de instituições para limitar e controlar o poder político e

Em linhas gerais, tais garantias surgiram com um caráter negativo, exigindo da esfera pública, personificada pelo Estado, uma abstenção, um não fazer em relação ao cidadão. Trata-se de um reflexo do pensamento iluminista que, no plano político, promoveu "a defesa das liberdades individuais e os direitos do cidadão contra o autoritarismo e o abuso de poder."²⁰⁰

Tal cuidado reflete a preocupação com um possível retorno à ingerência comum e própria do feudalismo, quando o senhor exercia uma significativa gama de poderes em relação à vida dos servos. Esta relação, que assentava em laços pessoais apontados anteriormente, cedeu espaço para relações impessoais, nas quais todos são sujeitos de direito, iguais e autônomos.

Esta valorização da impessoalidade remete ao sentido de indivíduo, segundo o qual se pode detectar um ponto de profunda transformação em relação ao momento anterior. Os seres humanos deixaram de ser vistos como cristãos para serem considerados seres com autonomia, "programados por igual, segundo princípios egoístas de perseguir o próprio prazer e evitar a dor."²⁰¹

O indivíduo, ensina CAPELLA,²⁰² é definido à margem da sociedade, independente dela, de modo que o sentido de sociabilidade tem uma função acidental em relação a ele. Nesta concepção, pode se observar não somente um sentido de operacionalização do sistema econômico então em formação, mas também uma contraposição ao tratamento desigualitário entre os sujeitos, uma das marcas do sistema feudal.

Esta influência pode ser sentida mais adiante, no processo de codificação, na figura do sujeito de direito, cujo alcance, em tese, é geral. Neste sentido, afirma Francisco AMARAL que "o indivíduo é a única finalidade ou a fonte das regras ou mutações jurídicas."²⁰³

vincular o exercício desse poder à norma bilateralmente vinculantes para os detentores dos poderes políticos e para os cidadãos." (op. cit., p. 66).

²⁰⁰ AMARAL, Descodificação, p. 510.

²⁰¹ CAPELLA, p. 107. Em idioma original: "programados por igual según unos principios egoístas de perseguir el propio placer y evitar el dolor."

²⁰² CAPELLA, p. 107.

²⁰³ AMARAL, Descodificação, p. 511.

E as novas e mais complexas relações patrimoniais, de titularidade ou de comercialização, passaram a exigir uma garantia maior do que uma proteção jurídica regionalizada, pois é fato que a ordem jurídica então existente assentava na regulamentação setorializada, própria de cada feudo, e nas linhas gerais apontadas pelo Direito Romano e seu estudo.²⁰⁴

Uma legislação de conteúdo privado, proveniente do Estado, foi produzida com o intuito de dar conta das novas relações, basicamente patrimoniais, que estavam sendo construídas naquele momento. E, sob a influência do racionalismo, as regras privadas foram estruturadas sob a forma de um sistema, fechado, que tinha a pretensão de conter em si todas as respostas a todas as demandas que pudessem ter existência entre particulares. Teve lugar, então, o processo de codificação.

Detecta-se a existência de uma esfera pública, de caráter político e cujas relações tratam do interesse da coletividade e do Estado, e de uma esfera privada, que trata da economia e das relações que se desenvolvem unicamente entre os indivíduos, dicotomia esta que faz parte do vocabulário básico do mito político moderno.²⁰⁵

Um elemento característico desta dicotomia é que o conteúdo das relações só poderiam estar inseridas em uma das esferas, sendo excluída de forma absoluta da outra. A única intervenção admitida da pública na privada se dava no plano legislativo, determinando “a moldura geral das relações privadas, a sua ‘ordem pública’”²⁰⁶

Uma vez estabelecidos os conteúdos tutelados das relações jurídicas privadas, bem como os aspectos impróprios e ilegais que estavam excluídos de

²⁰⁴ Um importante documento-base era o *Corpus Juris Civilis*, compilado por determinação de Justiniano no século VI, mas que não chegou a representar uma unificação, um corpo legal homogêneo. Pode-se afirmar que, no medievo, o direito comum “poderia mais ser corretamente denominado uma ordem jurídica pluralista.” (GRINBERG, Keila. **Código civil e cidadania**. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 2001. p. 23.

²⁰⁵ CAPELLA, p. 110.

²⁰⁶ CAPELLA, p. 110. Em idioma original: “el marco geral de las relaciones privadas, su ‘orden público’.”

proteção específica,²⁰⁷ o ente público se recolhia ao seu espaço e ao trato de suas relações. Neste discurso, "o privado é (...) apolítico."²⁰⁸

As condutas que tinham existência na vida privada, em princípio, deveriam ser destinatárias da tutela do direito privado. Quando o sistema jurídico foi estruturado, acabou-se apreendendo a realidade de modo a atender os interesses de quem o estava construindo. Esta juridicização²⁰⁹ de situações do quotidiano pode ser observada sob duas perspectivas, aqui representadas pelo conteúdo e pela forma.

Quanto ao conteúdo, o sistema jurídico cuidou do nascimento e da morte, início e fim da personalidade da pessoa física, da criação e extinção da pessoa jurídica, dos requisitos para que ambas pudessem praticar atos válidos, e dos grandes institutos, aos quais Carbonnier denominou pilares do Direito Privado:²¹⁰ a família, a propriedade privada e o contrato.

A forma empregada foi a relação jurídica, um desenho abstrato,²¹¹ composto por elementos internos e elementos externos que, partindo de um modelo geral, que atendia satisfatoriamente as relações contratuais, foi adequado de modo a poder ser aplicado também para a propriedade e a família.²¹²

²⁰⁷ O tratamento dispensado tem caráter geral e abstrato, como, por exemplo, a descrição das estruturas de parentesco ou a exclusão de certas coisas excluídas do tráfego econômico. (CAPELLA, p. 111.) Desta forma, uma relação extramatrimonial, não tendo sido contemplada em lei como família, recebeu tutela do direito das obrigações.

²⁰⁸ CAPELLA, p. 111.

²⁰⁹ Por juridicização entenda-se o processo de inserção de situações e relações do quotidiano na esfera jurídica. Neste contexto, que está relacionado a um momento histórico específico, o meio empregado é basicamente a legislação. Mas, contemporaneamente, o reconhecimento de efeitos jurídicos a situações não descritas em lei também pode ser observado na construção jurisprudencial, conforme se pode observar no trabalho de Carmem Lúcia Silveira RAMOS. **Família sem casamento**, já referenciado.

²¹⁰ CARBONNIER, Jean. **Flexible droit** : Pour une sociologie du droit sans rigueur. 7 ed. Paris : Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1992., p. 199.

²¹¹ É importante destacar que a noção clássica de ciência só admite a análise de generalidades e de situações abstratas, pois ela não existe quando seu objeto é particular ou concreto. E a elaboração de conceitos abstratos só é possível quando versar sobre um dos aspectos da realidade. Se o exame incidir sobre aspecto diverso, já não será mais válido cientificamente ou, melhor dizendo, aquele conceito já não mais encontrará respaldo científico.

²¹² Não será aprofundada, neste trabalho, a discussão acerca de qual era o sentido de relação jurídica quando de sua inserção no sistema jurídico e tampouco a evolução da noção de direito subjetivo.

O sistema jurídico, por meio do ordenamento, descreveu minuciosamente relações-tipo, de modo que, para sua existência, todos os requisitos descritos em lei deveriam estar presentes sob pena de lhe ser negada a tutela específica.

A sistematização do direito provocou o surgimento de duas realidades distintas, coexistentes no mundo: uma jurídica e outra real. A partir disso, tornou-se possível praticar atos e questionar se eles produziram efeitos jurídicos ou não. E, em sendo relevantes, que tipo de relação jurídica representavam.

O acesso às relações não tinha, em lei, limitativos gerais. Desta sorte, todos podiam ser partes, uma vez que todos eram sujeitos de direito, com personalidade e capacidade. Os limites que eventualmente pudessem ser opostos consistiam em exceção, em situações específicas que só eram relevantes no caso concreto como, por exemplo, idade para casar, impedimentos matrimoniais.

Este acesso abstrato em dois aspectos merece uma reflexão. A garantia geral de acesso implicava permitir. Entretanto, ter condições reais para concretizar a permissão legal implicava atender às exigências legais. Tinha-se, então, uma permissão formal, cujo alcance, no plano ideal, era geral e limitado ao número de sujeitos existentes, alicerçado no princípio da igualdade formal, "elemento constitutivo do individualismo moderno".²¹³ Desta sorte, o tratamento planificador assegurado em lei atendia tanto a um dos pressupostos do sistema como exorcizava a angústia pela perda dos fundamentos anteriores de segurança.²¹⁴

Entretanto, não se podem ignorar as diferenças reais que existem em relação aos seres humanos de uma determinada sociedade, às quais CAPELLA

²¹³ BARCELLONA, **El individualismo**, p. 51.

²¹⁴ Esta observação é feita por Pietro BARCELLONA, em comentário à unificação formal que tem lugar no Direito em contraposição à "sociedade atomizada e dominada pelo 'individualismo possessivo'" ("sociedad atomizada y dominada por el 'individualismo posesivo'.") (p. 52) Textualmente, "somente a 'unificação formal' realizada por meio da igualdade perante a lei permite exorcizar a angústia pela perda dos vínculos organicistas e a segurança que a anterior visão filosófica-religiosa parecia capaz de garantir aos indivíduos particulares. O mundo moderno está dominado por um paradoxo: de um lado desenvolveu o particularismo e a diversidade extrema dos pontos de vista como nunca tinha acontecido até agora, do outro, declara sua submissão ao princípio de uma 'racionalidade' unificante que é a base de todo 'compartimento distinto'" ("Solo la 'unificación formal' realizada mediante la igualdad frente a la ley permite exorcizar la angustia por la pérdida de los vínculos organicistas y la seguridad que la anterior visión filosófica-religiosa parecía capaz de garantizar a los individuos particulares. El mundo moderno está dominado por una paradoja: por un lado há desarrollado el particularismo y la diversidad extrema de los puntos de vista como nunca hasta ahora había sucedido; por otro, declara su sometimiento al principio de una 'racionalidad' unificante que está en la base de todo 'compartimento distinto'.") (**El individualismo**, p. 52.)

denomina de qualidades, seja de carácter físico, sociocultural ou económico, e que são relevadas em prol do sentido de igualdade. Para efetivá-la, ao menos no plano das idéias, fez-se um processo de abstração das características reais de modo que, embora “todos os seres humanos são diferentes, todos os cidadãos são (no relato político) *iguais*.”²¹⁵

Se no plano das idéias basta pensar, um meio de operacionalizar tal abstração foi dotar tais cidadãos de iguais direitos políticos, compostos por um conjunto de liberdades - pensamento, expressão, reunião - e de direitos e garantias - inviolabilidade de domicílio, de correspondência, processo legal, voto -.²¹⁶

Acerca deste sentido de igualdade formal, Pietro BARCELLONA é contundente: “A lei pode ser geral – medida única – porque os homens são iguais; mas são iguais porque são medidos com a mesma medida.”²¹⁷ Trata-se de um paradoxo da igualdade...

A expressão medida única aponta para dois aspectos relevantes. Afirmar que a medida é única para todos os sujeitos de direito implica desconsiderar as características individuais de cada ser humano e as possíveis implicações jurídicas que isto possa ter. A expressão jurídica desta afirmação pode ser encontrada no conteúdo da igualdade formal.²¹⁸

Tem-se a construção de um padrão que poderia ser dito ideal e/ou desejável, que será utilizado como paradigma para todos os sujeitos em situações semelhantes. É o que se tem nas relações jurídicas de família, nas noções de *homo medius*, de *bonus pater familias* - confirmar a grafia -. O que excede ou não se enquadra na descrição legal não é relevante juridicamente.

²¹⁵ CAPELLA, p. 113. Grifado. Texto no original: “todos los seres humanos son diferentes, todos los ciudadanos son (en el relato político) *iguales*.”

²¹⁶ CAPELLA, p. 113.

²¹⁷ BARCELLONA, **El individualismo**, p. 53. Em idioma original: “Le ley puede ser general - medida única - porque los hombres son iguales; pero son iguales porque son medidos con la misma medida.”

²¹⁸ Tal sentido também é apontado por Judith MARTINS-COSTA, quando afirma que na Idade Moderna, ao contrário da Idade Média, se constrói “a idéia da *igualdade* como a de *idêntica posição dos sujeitos de direito perante um mesmo comando jurídico*, o qual deverá ser então necessariamente claro, certo, preciso.” (op. cit., p. 135)

Este processo de padronização, examinado por Norbert ELIAS no que tange a comportamentos sociais,²¹⁹ é um elemento marcante e presente nos mais variados setores sociais. Basta lembrar que no processo de colonização do Brasil, "civilizar" o indígena significava lhe converter ao catolicismo, vesti-lo, ensinar-lhe o idioma oficial, enfim, impondo-lhe o padrão do colonizador. Observa-se, com isso, uma grande dificuldade de respeitar e conviver com o diferente.

A noção de medida implica realizar um processo de comparação entre fatos e relações-tipo, para examinar a possibilidade de aqueles também apresentarmos; os fatos deveriam se adequar à lei. Numa ilustração, seria ver o que cabe dentro da moldura jurídica e, cabendo, o que significa.

Medida remete a outro aspecto relevante para a estruturação do sistema jurídico: a tentativa de quantificar as relações jurídicas e os comportamentos.²²⁰ Mas estas reflexões serão objeto de exame mais adiante.

3 ALGUMAS NOTAS ACERCA DA MODERNIDADE E SUA RELAÇÃO COM A CONSTRUÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO

A Europa, palco principal da História Ocidental, foi o espaço físico onde as grandes correntes de pensamento nasceram e se desenvolveram - talvez porque seja lá onde se escreveu a história e o historiador dê o enfoque que entende ser o mais próximo da realidade, da sua realidade. Os modos de pensar, de agir, de vestir, de falar passaram por um processo de padronização apontado por Norbert ELIAS, ao qual ele denominou de processo civilizador.²²¹

Este processo, em linhas gerais, consiste num refinamento dos comportamentos medievais, aos quais CAPELLA chamou de brutalizados,²²² que se fez sentir em todos os aspectos da vida quotidiana. Um breve passar de olhos nos

²¹⁹ ELIAS, op. cit.

²²⁰ Por exemplo, se o que está em tela é o interesse do filho, o sistema jurídico tem critérios mais objetivos para estabelecer o valor da pensão do que para decidir se melhor guardião será o pai ou a mãe.

²²¹ ELIAS, op. cit.

²²² CAPELLA, op. cit., p. 85.

manuais de etiqueta revela a mudança dos comportamentos desejáveis, que passavam pela gradual utilização de talheres, pelo modo de falar e de vestir em público e em certas ocasiões, por atitudes esperada de certas classes sociais.

Estes indicativos de comportamentos públicos desejáveis acabavam funcionando como um mecanismo de aceitação ou repulsa social na medida em que certo agir já houvesse sido incorporado no quotidiano de uma determinada comunidade. E na esfera íntima não passou incólume. Os manuais de etiqueta, por exemplo, indicavam o comportamento desejável no quarto, em presença de estranho, recomendando, no século XV, que se deixasse o estranho escolher o lado da cama de sua preferência,²²³ e no século XVIII proibia terminantemente que se dividisse a cama com alguém que não o cônjuge, "a menos que sejam crianças muito pequenas..."²²⁴

Este processo levou à construção de um modelo de vida que gradativamente foi contendo e limitando os modos e impulsos que eram naturais e aceitos no medievo. A reflexão e a mudança de hábitos indicam a presença da razão, que atuou dando às relações, contornos condizentes aos valores que estavam vigentes na Modernidade.

Aliás, a Modernidade, pano de fundo do processo de racionalização, forneceu alguns dos parâmetros para a construção e consolidação do sistema jurídico Romano-germânico.²²⁵ CAPELLA aponta seu possível início com os grandes descobrimentos geográficos que, além da expansão dos limites geográficos, provocou o alargamento de novas idéias que estavam ganhando corpo e força naquele momento histórico.²²⁶

Trata-se de um período histórico, iniciado por volta do século XV, que tem como elemento marcante a transformação "na maneira de pensar a realidade e se relacionar com ela",²²⁷ que diferencia o homem moderno do homem medieval. "A

²²³ ELIAS, op. cit. p. 163.

²²⁴ ELIAS, op. cit., p. 164.

²²⁵ Embora este tenha iniciado por volta dos séculos XII e XIII, conforme apontou René DAVID, (p. 31) e a modernidade seja temporalmente posterior, por volta do século XV, ela lhe deu condições de consolidação na medida em que forneceu sustentação teórica para sua estruturação.

²²⁶ CAPELLA, p. 95.

modernidade, deste modo, significa não apenas um lapso de tempo, uma cronologia arbitrária, mas notadamente um certo tipo de mentalidade que, século após século, veio se instalando e se desenvolvendo entre os homens."²²⁸

O aspecto central deste novo pensar foi, segundo João-Francisco DUARTE JÚNIOR, a valorização do processo de quantificação das coisas,²²⁹ numa certa medida surgido pela utilização do dinheiro no comércio como elemento planificador, em lugar de uma análise prioritariamente qualitativa: 'quanto isto custa?' em lugar de 'que qualidades tem isto para trocar com o que eu tenho?'

A visão das coisas por meio de números acabou se transformando num dos alicerces da modernidade, concretizada pelo "estabelecimento de uma mentalidade quantificadora e calculista, a qual foi se espalhando ao longo dos séculos seguintes e penetrando os mais diversos ramos da atividade humana."²³⁰ Como consequência, o conhecimento sensível acabou sendo substituído por uma lógica quantificadora, própria de um raciocínio abstrato,²³¹ e os indivíduos acabaram perdendo sua identidade frente a ela, que governa o mundo dos objetos consumíveis.²³²

Observa-se aí o triunfo do racional sobre o irracional,²³³ ou seja, a "superação de preconceitos, superstições e explicações míticas para os fenômenos

²²⁷ DUARTE JÚNIOR, op. cit., p. 09.

²²⁸ DUARTE JÚNIOR, p. 09.

²²⁹ DUARTE JÚNIOR, p. 16.

²³⁰ DUARTE JÚNIOR, p. 16.

²³¹ João-Francisco DUARTE JÚNIOR, traçando um paralelo entre o homem medieval e o moderno, assevera que "O homem da Idade Média era alguém que olhava para trás e para cima: para ele, o mundo, enquanto criação divina, já estava pronto e acabado; Deus havia escrito o grande livro do universo e cabia ao ser humano a sua leitura e interpretação. (...) E isto, segundo a nossa alegoria, equivale a deslocar-se o ponto de vista: somos nós os construtores do mundo, num processo que continuamente avança e se aperfeiçoa. O homem moderno começa, pois, a olhar para baixo e para frente: para si mesmo e para o amanhã."(p. 19-20).

²³² É o que textualmente afirma Pietro BARCELLONA: "A sociedade atual é uma massa amorfa de indivíduos que perseguem de forma febril uma identidade impossível: o mundo dos objetos consumíveis governa já suas vidas segundo uma lógica puramente quantitativa." ("La sociedad actual es una masa amorfa de individuos que persiguen febrilmente una identidad imposible: el mundo de los objetos consumibles gobierna ya sus vidas según una lógica puramente cuantitativa.") (**El individualismo**, p. 20)

²³³ Bandeira do Iluminismo, eliminar a irracionalidade significava a conquista da emancipação do ser humano. Entretanto, tal emancipação não tinha um sentido de autonomia senão o de mudança do elemento justificador divino para o decorrente de uma abstração humana e racional para o cotidiano.

naturais e humanos",²³⁴ ou, conforme asseverou Pietro BARCELLONA, a negação do azar e da imprevisibilidade dos eventos.²³⁵

E no plano jurídico, pontua Judith MARTINS-COSTA que o jusracionalismo sente influência direta deste pensar no que tange ao seu modelo de expressão, um "modelo das ciências matemáticas, padrão de racionalidade dedutiva (...) que desenhará os traços da noção moderna de sistema."²³⁶

4 UM OLHAR GERAL SOBRE OS CONTORNOS DO SISTEMA JURÍDICO

O processo de laicização das relações sociais, sustentado pela razão, foi fruto de um conjunto de acontecimentos históricos que gradativamente foram enfraquecendo a justificativa divina, que passou a ser vista como idéia morta, incapaz de criar tensão moral nas pessoas que eram relevantes na sociedade. Desta sorte, "Deus morre com a modernidade e sua obra, a modernização"²³⁷ na medida em que sua existência não poder ser provada pela razão então vigente. É o processo de desencantamento do mundo característico do racionalismo.

Na esfera jurídica, vários reflexos desta mudança de paradigma podem ser detectados sendo que, talvez, o mais significativo tenha sido sua estruturação em um sistema. E, além disso, a determinação dos conteúdos dos institutos basilares, as premissas informadoras e os objetivos a serem alcançados revelam a marcante presença da razão.

De certa forma, seu ingresso na esfera jurídica se deu por conta da busca de novas fontes para o Direito, nas quais destaca-se o papel formador leigo das universidades, de modo a desvinculá-lo de seu sentido medieval, que aconteceu com a reformulação, mais propriamente, a secularização do sentido de Direito

²³⁴ DUARTE JÚNIOR, p. 25.

²³⁵ Conforme BARCELLONA, **El individualismo**, p. 19.

²³⁶ Op. cit., p. 142.

²³⁷ CAPELLA, op. cit., p. 101 Em idioma original: "Dios muere con la modernidad y su obra, la modernizacion"

Natural,²³⁸ concebido como um corpo de princípios básicos, evidentes e axiomáticos, dos quais pudessem ser deduzidos todos os outros.²³⁹

A ele Hugo GROTIUS atribuiu um caráter universal,²⁴⁰ que implicaria aceitação e reconhecimento "por todos os homens e Estados civilizados, pois elas correspondiam aos princípios da natureza humana e constituíam, portanto, a base comum partilhada por todos os homens,"²⁴¹ num claro indicativo de uma busca de padronização. Além disso, sua existência independia de legislação que a reconhecesse.

Outros autores, especialmente germânicos, se destacaram na construção do sentido racional de Direito Natural. Samuel PUFENDORF pensou-o sobre uma base "racional e independente de todos os dogmas religiosos, e que se baseava na dedução e na observação."²⁴² Cristian THOMASIIUS, seu aluno, deu um passo adiante se colocando a favor de uma "legislação nova e racional, livre da autoridade absoluta do direito antigo",²⁴³ em especial do direito romano.

Cristian WOLFF deu outro contributo quando, em sua obra, elaborou os axiomas do Direito Natural por meio de exemplos concretos e detalhados, empregando o método científico para deduzir todas as "normas do direito de acordo com os princípios da prova geométrica", influenciando o sistema de julgamentos na medida em que os Tribunais "recorriam ao emprego da dedução lógica a partir das

²³⁸ A título de informação, a expressão Direito Natural e suas linhas gerais não foram criação da modernidade. Pelo contrário, já existia com os romanos, e correspondia à lei da natureza. Na Idade Média, influenciada pelo pensamento religioso, se identificava a uma lei divina, distinta das leis humanas, que não poderia ser transgredida. (CAENEGEM, op. cit., p. 164)

²³⁹ CAENEGEM, op. cit., p. 165. A necessidade de realizar um processo de dedução, racional, pondera o autor, apontaria como mais adequada a denominação direito da razão, Vernunftrecht, do direito germânico.

²⁴⁰ Explica R. C. van CAENEGEM que Hugo GROTIUS, buscando encontrar um fundamento para o reconhecimento universal do direito das nações, apelou para a noção de direito natural. (op. cit., p. 165).

²⁴¹ CAENEGEM, op. cit., p. 165.

²⁴² Samuel PUFENDORF publicou, em 1672, *De iure naturae et gentium libri VIII*, em que se evidencia a "influência do pensamento científico da época, em particular a de Descartes e Galileu; é necessário partir de verdades evidentes e proceder com rigorosa observação científica." (CAENEGEM, op. cit., p. 166).

²⁴³ CAENEGEM, op. cit., p. 167.

normas fundamentais e dos conceitos gerais, mais do que ao exemplo de precedentes."²⁴⁴

Na França, o autor que se destacou nas reflexões sobre Direito Natural foi Jean DOMAT, estruturando o direito "de acordo tanto com os princípios cristãos quanto com critérios racionais, para assim chegar a um sistema válido para todas as épocas e povos."²⁴⁵

É possível observar, nas linhas gerais de pensamento representante dos dois países, que há uma distinção fundamental entre eles. O pensamento germânico prima pela laicização, pela exaltação da razão científica e pela negação e afastamento do Direito Romano enquanto que na França se procurou "modernizar o método jurídico e libertar a jurisprudência da restrição imposta pela autoridade antiga,"²⁴⁶ sem ocorrer um desligamento do Direito Romano.

O reflexo disto pode ser encontrado nas características dos Códigos. O BGB apresenta uma parte geral e uma especial e revela uma "preocupação excessiva pelo tecnicismo, quer na ordenação sistemática, quer na terminologia",²⁴⁷ ao passo que o Código Civil Francês "procurou harmonizar o Direito Romano com o Direito Público costumeiro, sem preocupação de originalidade," compreendendo três livros: "o primeiro sobre as 'pessoas'; o segundo sobre os 'bens e as diferentes modificações da propriedade'; e o terceiro sobre os 'diversos modos pelos quais se adquire a propriedade' ".²⁴⁸

O sentido racional que informava o conteúdo do Direito Natural, também denominado de jusnaturalismo,²⁴⁹ destacou várias premissas que, para os pensadores que lhe deram existência ideal, eram os que mais se destacavam como gerais e essenciais, indispensáveis para a formação de uma base comum de regras.

²⁴⁴ CAENEGEM, op. cit., p. 167-8.

²⁴⁵ CAENEGEM, op. cit., p. 168.

²⁴⁶ CAENEGEM, op. cit., p. 169.

²⁴⁷ GOMES, **Introdução**, p. 65.

²⁴⁸ GOMES, **Introdução**, p. 63.

²⁴⁹ Por jusnaturalismo entenda-se, com base em Franz WIEACKER, a doutrina que teve lugar entre 1600 e 1800, na forma que lhe foi dada pelo iluminismo, e que consiste no conteúdo do Direito Natural propriamente dito. (WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2 ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1993. p. 279-80.)

Num segundo momento, foi denominado de jusracionalismo, que expressou o racionalismo no Direito por meio da organização racional que resultou no sistema jurídico, baseado numa nova antropologia, segundo o qual o "homem não aparece mais como uma obra divina, eterna e desenhada à semelhança do próprio Deus, mas como um ser natural, a humanidade não mais (...) como participante de um plano divino de salvação ou (...) como participante do mundo histórico, mas como elemento de um mundo apreensível através de leis naturais."²⁵⁰

Seu alcance pode ser dito amplo, de modo que na esfera pública sua presença pode ser detectada nas "bases do caráter ideológico da teoria constitucional, da política e dos 'princípios fundamentais do ordenamento jurídico',"²⁵¹ e, na esfera privada, preparou caminho para uma "construção sistemática autônoma, (...) independente de outros critérios, fatos ou valores que não os contidos intrasistematicamente",²⁵² expurgando do ordenamento as normas que não refletiam os princípios fundados na razão.

Chegou-se, então, à noção de sistema,²⁵³ que pode ser compreendido como um "conjunto ordenado de elementos, marcados pela unidade, coerência e hierarquia."²⁵⁴ Com a ordenação pretende-se, "quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada, exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade."²⁵⁵

A unidade, que traduz a idéia de aglutinação de elementos, "modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos

²⁵⁰ WIEACKER, op. cit., p. 288.

²⁵¹ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 137.

²⁵² MARTINS-COSTA, op. cit., p. 137.

²⁵³ O sistema, explica Judith MARTINS-COSTA, funda-se em axiomas, proposições primeiras "que não requerem demonstração justamente por serem 'verdadeiras' ou 'inatas', assim como o são os princípios primeiros da matemática ou da geometria, das quais seguem, ordenada e unitariamente encadeadas, proposições secundárias e efeitos que constituem uma totalidade." (op. cit., p. 144)

²⁵⁴ AMARAL, **Racionalidade**, p. 68.

²⁵⁵ CANARIS, op. cit., p. 12.

princípios fundamentais."²⁵⁶ Já a coerência do sistema busca a ausência de contradição e sua hierarquia sugere "dependência, dedutibilidade lógica."²⁵⁷

Desta sorte, o sistema jurídico se desenvolve de forma autônoma,²⁵⁸ "seja em razão do encadeamento dedutivo, seja motivado por uma regra de validação hierárquica, nos dois casos encontrando o critério de sua juridicidade na conformidade com certo procedimento, o da promulgação."²⁵⁹ Em tais termos, "o direito, posto pelo Estado, em virtude de sua promulgação, tem a pretensão da exclusividade no duplo sentido: é exclusivo e excludente."²⁶⁰

Outra noção relacionada a sistema naquele momento histórico é a completude,²⁶¹ compreendida como "a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso."²⁶² Trata-se da estruturação de um sistema fechado, a que o princípio da completude remetia a busca de todas as respostas necessárias.²⁶³

Havia, então, condições gerais para que se buscasse a concretização da segurança jurídica, "valor fundamental do direito, com o sentido de ordem, estabilidade e certeza na realização do direito,"²⁶⁴ na medida em que se tornava possível a previsibilidade dos efeitos jurídicos conexos aos atos praticados. Sua existência, informa Judith MARTINS-COSTA, decorria de dois vetores fundamentais:

²⁵⁶ CANARIS, p. 12-3.

²⁵⁷ AMARAL, Racionalidade, p. 68.

²⁵⁸ Eliseu FIGUEIRA assevera, numa perspectiva contemporânea, que é necessário "indagar o grau de autonomia do ordenamento para se concluir, não pela sua auto-suficiência, mas pela individualização dos instrumentos técnicos que hão-se servir de meio para operar a correlação entre direito e sociedade e para se colher o efectivo significado e a específica função no que toca às concretas relações sociais que abstractamente vêm configuradas no quadro normativo." (FIGUEIRA, Eliseu. **Renovação do sistema de direito privado**. Lisboa : Caminho, 1989. p. 53)

²⁵⁹ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 170.

²⁶⁰ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 170.

²⁶¹ O fechamento do sistema jurídico, segundo Judith MARTINS-COSTA, é um dos elementos marcantes da Modernidade. (op. cit., p. 169)

²⁶² BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 115. O autor relaciona tal elemento ao ordenamento jurídico, o que não impede que seu sentido seja empregado neste contexto.

²⁶³ BARCELLONA, **Formazione**, op. 05 e seguintes.

²⁶⁴ AMARAL, Descodificação, p. 512.

"do dogma da identidade entre o direito e a lei e entre a lei e a norma,"²⁶⁵ e da sistematicidade externa dos códigos, quando "os vários 'ramos' ou disciplinas jurídicas tinham os seus campos rigidamente demarcados nos vários códigos que lhes eram correspondentes."²⁶⁶ Como consequência, garantia-se a unidade e a harmonia interna com a interpretação sistemática e aplicação das normas,²⁶⁷ cuja legitimidade assentava mais na observação do processo legislativo do que efetivamente em seu conteúdo.²⁶⁸

A segurança jurídica, além de seu próprio sentido, também se reveste de certeza jurídica, compreendida como segurança do próprio Direito, que exige do cidadão o confronto "com as normas jurídicas certas, à prova certa dos fatos sobre os quais se pretende a aplicação daquelas e à execução, igualmente certa, do que foi reconhecido como Direito."²⁶⁹

A abstração e a generalidade também são marcos desta forma de pensar, caracterizando o sistema de normas do modelo liberal,²⁷⁰ consolidada pela adoção da técnica de conceituação, que deu origem a um conjunto de modelos abstratos de

²⁶⁵ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 276. As linhas gerais desta afirmação remetem ao positivismo, que em seu sentido mais puro, explica Eliseu FIGUEIRA, o positivismo lógico, ou normativista apreende o direito "como um sistema de normas isolado da natureza e das aspirações espirituais, no qual se detectam as relações lógicas cujos conceitos funcionam como *formas* independentes do tempo, do espaço, da natureza e do conteúdo concreto da vida real." (op. cit., p. 38.)

²⁶⁶ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 276.

²⁶⁷ Somente diante da sistematicidade do direito é possível, segundo explica Francisco AMARAL, realizar um julgamento de validade de uma regra jurídica. (**Racionalidade**, p. 69).

²⁶⁸ Nestes termos, é interessante a afirmação de Antônio Manoel HESPANHA: "O formalismo da pandectística, com o relativismo axiológico que lhe andava ligado, não armava suficientemente os juristas para, enquanto juristas, se oporem a projectos políticos e jurídicos que negassem os valores fundamentais da cultura europeia. A demonstração disto vinha da observação da realidade alemã, no período de entre guerras. A constituição e a cultura jurídica da república de Weimar eram filhas da ética formalista e axiologicamente neutral do Kantismo e da pandectística. A legitimidade do direito (e do poder) fundava-se exclusivamente no facto de ser estabelecido de acordo com os processos constitucionalmente prescritos."(op. cit., p. 237.)

²⁶⁹ MONREAL, Eduardo Novoa. **O direito como obstáculo à transformação social**. Porto Alegre : Sergio Fabris, 1988. p. 143.

²⁷⁰ FIGUEIRA, op. cit., p. 49. Conforme pontua o autor, "esta técnica de abstração, tanto objectiva como subjectiva, tem já no modelo liberal um significado ideológico, o de *ocultar* a desigualdade real dos agentes económicos, para desse modo se conseguir a aparência de uma igualdade formal, a igualdade perante a lei." (op. cit., p. 51)

relações jurídicas.²⁷¹ Operou-se, com isto, a estruturação abstrata das relações que receberiam tutela, bem como a atribuição de efeitos jurídicos, que apareciam despidos de qualquer valoração.²⁷²

Por consequência, ficaram evidenciadas as relações que não receberiam tutela por não se adequarem ao modelo típico, colocadas à margem como efetivamente aconteceu com as uniões não matrimonializadas, com a filiação extramatrimonial, com relações de titularidade que não eram fundadas em título de propriedade nos termos da lei.²⁷³

Restava, portanto, afastada a tutela aos sujeitos concretos em nome da busca de segurança jurídica, o que, conforme as idéias dominantes naquele momento histórico, além de atendê-la, também não permitia que as relações de personalidade que marcaram o Feudalismo pudessem ter espaço novamente. Estas escolhas não se contrapõem somente ao modelo feudal. Significam, sobretudo, a implementação da razão científica e dos valores que a acompanham.

Isto acaba fazendo com que este processo, histórico, acabe assentando num contra-senso. Se por um lado seu conteúdo é fruto de um momento histórico, refletindo os valores e idéias fundantes de seu tempo, tais idéias, orientadas prioritariamente pela razão, acabam apontando um viés a-histórico, na medida em que se constrói um sistema com ambição de perpetuidade e completude, em que todos os resultados são passíveis de previsão - ao menos no plano das idéias - e o imprevisível é expulso do cotidiano.

Com isto, em princípio rejeita-se a possibilidade de acontecimentos não previstos pois o sistema, como um todo, assenta no uso da razão para a construção de um mundo ideal. Nesta medida, o que não couber neste modelo é colocado à

²⁷¹ Tal afirmação faz pensar na escola da jurisprudência dos conceitos, que "pretendeu transformar os cientistas do direito em produtores das normas que existiam, em potência ou latência, no sistema, através de uma atividade dedutivo-produtiva." (MARTINS-COSTA, op. cit., p. 222) Todavia, não será objeto deste trabalho o exame de nenhuma escola de pensamento que tenha informado a estruturação e a consolidação do sistema jurídico, exceto pontualmente, como neste caso.

²⁷² Conforme Eliseu FIGUEIRA, op. cit., p. 51. E completa o autor: "nesta automização, em que o ordenamento se isola do mundo concreto, o sistema normativo exerce uma função de ocultação da luta que na vida real se desencadeia entre os interesses em conflito, numa época histórica de transição (...)" (op. cit., p. 51)

²⁷³ FACHIN, **Teoria**, p. 107.

margem, sob o fundamento que não tem relevância. Pietro BARCELLONA²⁷⁴ destaca este sentido quando afirma que “Ciência e direito moderno são filhos da história, da irrupção, do imprevisto, e são também bloqueio do imprevisto e da inovação, fim da história como descontinuidade e ruptura.”²⁷⁵

Diante da construção de um sistema caracterizado pela ordem interna, a forma de exteriorização empregada foi a elaboração de um texto legal codificado, que refletia um “sistema de regras formuladas para reger, durável e plenamente, a conduta setorial de sujeitos de direito.”²⁷⁶ Desta sorte, “o código civil não apenas constitui um sistema mas *é o sistema* do direito civil.”²⁷⁷ Tem lugar o processo histórico da codificação.²⁷⁸

Tal processo foi fruto de um momento histórico preciso, que refletiu tanto uma ruptura com o modelo anterior como “o ápice de um longo, complexo e absolutamente não-linear *processo*, iniciado tantos séculos antes, o processo da *unificação das fontes de produção jurídica*.”²⁷⁹ Localiza-se temporalmente entre os séculos XVIII e XIX, e reflete um conjunto de elementos e valores que então eram considerados primordiais.²⁸⁰ Segundo informa R. C. van CAENEGEN, um código

²⁷⁴ O autor aponta em vários momentos de seu texto esta característica quando, por exemplo, afirma que “o direito moderno é histórico e positivo, arbitrário, convencional e mudável, mas também está destinado a bloquear, antecipar, programar a mudança, a ser o programa da eternidade do mundo.” (“El derecho moderno es histórico y positivo, arbitrario, convencional y mudable, pero al mismo tiempo está destinado a bloquear, anticipar, programar el cambio, a ser el programa de la eternidad del mundo.”) **El individualismo**, p. 19

²⁷⁵ BARCELONNA, **El individualismo**, p. 19. Em idioma original: “Ciencia y derecho moderno son hijos de la historia, de la irrupción de lo imprevisto, y son al mismo tiempo bloqueo de lo imprevisto y de la innovación, fin de la historia como discontinuidad y ruptura.”

²⁷⁶ GOMES, **Introdução**, p. 68. O autor destaca que o conteúdo de tal conceito tem um sentido histórico.

²⁷⁷ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 224.

²⁷⁸ A elaboração de códigos, naquele momento, significou uma ruptura no modo de legislar, uma vez que se deixou de lado a fragmentação característica do corpo legislativo desde o medievo, representado pelas compilações. É relevante observar, ainda, que o processo de codificação reflete um segundo momento legislativo no processo de construção dos Estados nacionais/modernos, uma vez que legislações nacionais já podiam ser encontradas como, por exemplo, as Ordenações em Portugal, ou a Magna Carta, na Inglaterra. Estas, numa certa medida, refletiram a centralização do poder nas mãos do soberano, que exercitava sua “função e obrigação de preservar a paz e a justiça”. (GRINBERG, op. cit., p. 23-4).

²⁷⁹ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 171.

corresponderia "ao estágio do desenvolvimento jurídico num determinado momento e procura fixar esse estágio de modo que não possa mais ser mudado."²⁸¹

Dentre os vários aspectos relevantes que podem ser detectados no processo de codificação,²⁸² destaca, como objetivos, promover a disciplina geral da sociedade por meio de uma reordenação sistemática e inovadora do direito; unificar e uniformizar a legislação vigente em determinada matéria;²⁸³ simplificar o direito e facilitar seu conhecimento; proporcionar certeza e estabilidade, que podia ser concretizada com a previsibilidade de resultados;²⁸⁴ e refletir a organização da sociedade ou atuar como instrumento de reforma.

Além desses aspectos, de caráter geral, podem ser destacados outros, como, por exemplo, o fez Ricardo Luis LORENZETTI, afirmando que o código é "um reflexo da criação do Estado Nacional; sua pretensão era ordenar as condutas jurídico-privadas dos cidadãos de forma igualitária; uma só norma, aplicável por igual, a todos os cidadãos, sejam nacionais ou estrangeiros."²⁸⁵

O processo de codificação possibilitou, ainda, visualizar a nítida separação entre a sociedade civil e o Estado.²⁸⁶ Os temas tratados pelos códigos diziam respeito exclusivamente à esfera privada, basicamente econômica e familiar, assentando na igualdade jurídica e na autonomia das pessoas, cabendo ao Estado protegê-las e defendê-las. Já as relações estatais tinham sua regulamentação feita,

²⁸⁰ Especificamente tratando do Code Civil francês, explica Judith MARTINS-COSTA que ele "se ocupa do seu verdadeiro espaço, o mundo econômico da burguesia, onde a propriedade dos bens se adquire e se modifica, privilegiadamente através dos contratos." (op. cit., p. 189)

²⁸¹ CAENEGEN, op. cit., p. 19

²⁸² Neste sentido ver CAENEGEN, op. cit., p. 194 e seguintes.

²⁸³ Em tais termos, o Código seria a " 'constituição da vida privada - num tempo em que a vida pública ainda não adquirira a relevância de que hoje é dotada - porque espelhará a trajetória do indivíduo burguês na ordem em que esta 'naturalmente' ocorre." (MARTINS-COSTA, op. cit., p. 189)

²⁸⁴ A previsibilidade e a certeza do direito acabaram permitindo que tivesse espaço "uma tecnologia normativa fundada na generalidade e na sistematicidade e, logo, adequada a uma aplicação do direito mais quotidiana e mais controlável pelo novo centro do poder - o Estado." (HESPANHA, Antônio Manoel. **Panorama histórico da cultura jurídica européia**. Mira-Sintra : Publicações Europa-América, 1997. p. 169.)

²⁸⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos de direito privado**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998. p. 44.

²⁸⁶ Tal sentido é apontado tanto por LORENZETTI, op. cit., p. 44, como por Francisco AMARAL, Descodificação, p. 512.

em linhas gerais, pelas constituições. Naquele momento histórico, era possível afirmar a existência de duas esferas jurídicas distintas: a pública e a privada.

Observa-se, neste sentido, a centralidade dos Códigos Civis enquanto fontes principais do direito, uma vez que eram eles considerados estatutos jurídicos da sociedade civil.²⁸⁷

Francisco AMARAL aponta alguns outros valores e paradigmas da codificação, que podem clarear o que se buscava naquele momento.²⁸⁸ Um dos aspectos, já destacado, foi a aplicação da noção de sistema à esfera jurídica, de modo que tal noção fosse observada tanto na elaboração como na aplicação e na interpretação do direito. Como consequência, todas as respostas deveriam ser buscadas dentro do próprio sistema, o que permitia lhe qualificar de fechado.

Associado a este aspecto está outro, que remete a uma busca de simplificação jurídica, cujo objetivo era superar a dificuldade causada pelo particularismo jurídico característico do modelo jurídico europeu que antecedeu o racionalismo jurídico, o que facilitaria o conhecimento e a aplicação do direito.

A única fonte legítima de legislação era o Estado, caracterizando o monismo jurídico, que "considera o direito como um sistema unitário, positivo e criado pelo Estado."²⁸⁹ A norma, neste sentido, é um imperativo ou comando emanado exclusivamente do Estado, e, em larga medida, "a fonte suprema, quase exclusiva, da produção jurídica",²⁹⁰ de modo que todas as outras fontes anteriormente reconhecidas acabaram sendo colocadas em segundo plano. Tal comando estatal tinha dois qualificativos. A norma era geral no que diz respeito a seus destinatários, os sujeitos de direito indeterminados, e abstrata quando se refere à indeterminação dos casos a que se aplica.

²⁸⁷ AMARAL, Descodificação, p. 512.

²⁸⁸ AMARAL, Descodificação, p. 511.

²⁸⁹ AMARAL, Descodificação, p. 512. Sobre monismo jurídico e seu contraposto, o pluralismo, ver WOLKMER, **Pluralismo**, op. cit..

²⁹⁰ Trata-se do mito da lei, que ingressa no sistema com a codificação. Neste caso, "a lei contida num código, que se justifica por si mesma, que é infensa a qualquer outra ordem de valoração salvo o critério da legalidade, sendo, por isso, inclusive incontrastável aos direitos, maior conquista da Revolução - aí está plenamente construído o sistema fechado." (MARTINS-COSTA, op. cit., p. 178)

Partindo daí, houve espaço para o processo de tecnicização do direito, o que acabou gerando uma desresponsabilização ou despolitização do jurista, uma vez que sua principal função era a aplicação técnica do direito, com o que se convencionou denominar de imparcialidade. A este aspecto se liga outro, que reduziu o processo de interpretação à exegese das normas, como que num processo automático.²⁹¹

Pode se observar, a partir disso, que há uma nítida divisão entre o processo de criação da norma, de competência do Estado, e a aplicação propriamente dita, compreendida como o "conjunto de atividades pelas quais se transporta para o caso particular a decisão que abstratamente a norma contém."²⁹² O juiz, neste processo mecânico de subsunção da lei ao caso concreto, tem seu papel reduzido a mero aplicador da lei, uma vez que a decisão sempre estará por ela formulada.²⁹³

E todos estes aspectos de caráter instrumental acabaram incidindo sobre alguns institutos, que foram denominados por Antônio Carlos WOLKMER de figuras basilares da modernidade jurídica burguesa: a propriedade privada; a liberdade de contratar, que se traduzia na figura basilar do contrato; a autonomia da vontade; o sujeito de direito e o direito subjetivo; e a segurança e certeza jurídica.²⁹⁴ Tais institutos remetem a um sentido patrimonial, especialmente a propriedade e o contrato, que representam a titularidade e o tráfico jurídico, em torno dos quais acabou sendo estruturado o sentido jurídico de família, instrumental para o próprio sistema.

²⁹¹ Como pontua Judith MARTINS-COSTA em referência à Escola da Exegese, "Dirão então os professores de direito civil que sua tarefa não é ensinar o direito civil, mas 'ensinar o código civil'. (...) Ocorre a complete identificação entre o direito e a lei e, em consequência, a total separação entre a ética material e o direito, a política e o direito, a sociedade e o direito. Ao jurista caberia tão-somente interpretar o texto do código capítulo por capítulo, secção por secção, artigo por artigo. Destes traços nascem as apontadas características basilares da Escola - o culto à lei, o predomínio da intenção do legislador na busca do sentido e do alcance dos textos legais, o caráter estatista do ordenamento (...)." (op. cit., p. 194)

²⁹² AMARAL, Descodificação, p. 512.

²⁹³ Cuida-se de uma característica da Escola da Exegese onde "à doutrina cabe apenas elaborar uma dogmática que permita oferecer ao juiz um instrumental em que seja possível a visualização do conjunto das regras de onde retirar a premissa maior do silogismo judicial." (MARTINS-COSTA, op. cit., p. 194)

²⁹⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1999. p. 30 e seguintes.

Tais reflexões acerca das linhas gerais da estruturação do sistema jurídico romano-germânico apontam para um aspecto relevante, que além de caracterizá-lo, faz-se presente especificamente no modelo jurídico nacional: o processo de enclausuramento dos sujeitos ao conteúdo das relações típicas.

Em nome da promoção da segurança jurídica, as relações foram objeto de uma regulamentação que obedeceu às linhas gerais da razão predominante. Na dimensão da família, receberam uma descrição ricamente detalhada em que todos os comportamentos esperados foram contemplados e se criaram mecanismos de implementação para eles.

A conformação num sistema fechado, completo, obstruía o acesso de valores outros, gerando a dicotomia real-jurídico na medida em que determinada relação ou comportamento não era recepcionado por ele. Estes aspectos informaram o processo de estruturação do sistema jurídico nacional, que passou por um processo histórico cujas linhas gerais serão objeto de um razoável exame a seguir.

CAPÍTULO TERCEIRO

PANORAMA DO SISTEMA JURÍDICO NACIONAL: ALGUNS ELEMENTOS PARA UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA

Entrega ao portador um barco, não precisa ser grande, mas que navegue bem e seja seguro, não quero ter remorsos na consciência se as coisas lhe correrem mal.²⁹⁵

1 BREVE INCURSÃO HISTÓRICA NA ESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO NACIONAL

A regulamentação codificada das relações de família, e mais especificamente das relações conjugais, desenhou um modelo jurídico segundo o qual a presença do Estado é marcante e intervencionista na medida em que descreve os papéis e deveres conjugais, procedimento característico da estruturação do sistema jurídico romano-germânico. O sistema jurídico nacional, a exemplo do que ocorreu com a estruturação desse, pode ser visualizado em três momentos: aquele que antecede a codificação, ela própria e o momento subsequente, contemporâneo.

No primeiro momento histórico, tem-se, de início, a "descoberta" e a colonização portuguesa, com a implantação em solo nacional do ordenamento jurídico lusitano: as Ordenações. Dois aspectos são destacados. Um deles remete ao sentido de "descobrimento", expressão congenitamente plural,²⁹⁶ que refletiu,

²⁹⁵ SARAMAGO, op. cit., p. 20-3.

²⁹⁶ Quem faz tal afirmação é Gerd BORNHEIM que a explica nos seguintes termos: "(...) ainda hoje o conceito de descobrimento só existe em função das fronteiras que teima em devassar. (...) o conceito de descobrimento continua, mesmo em nosso tempo, vivendo da impossibilidade de emparelhar-se com qualquer tipo de completeza; é que tratamos de um conceito congenitamente

naquele instante, a tomada de conhecimento de novos povos e territórios ainda não alcançados pelo sentido de civilização trabalhado por Norbert ELIAS.²⁹⁷

Este processo de padronização dá condições, de certa forma, para que aconteça a desconsideração de qualquer forma de expressão cultural que porventura pudesse existir antes da chegada das caravelas. Na perspectiva jurídica isto implicou o não reconhecimento, por parte do colonizador, da existência de um conjunto de normas de organização de conduta que tinha cada nação indígena.

Como consequência, como observa Antônio Carlos WOLKMER, isso "acabou obstruindo o reconhecimento e a incorporação de práticas legais nativas consuetudinárias, resultando na imposição de um certo tipo de cultura jurídica que reproduziria a estranha e contraditória convivência de procedimentos burocráticos-patrimonialistas com a retórica do formalismo liberal e individualista."²⁹⁸

Esta técnica transcendeu os limites do território nacional como bem pontua Antônio Manuel HESPANHA. Os europeus, crentes tanto no caráter e na validade universal do sistema jurídico que haviam construído como em seu viés historicamente mais avançado, o impuseram aos povos não europeus, de modo que "os direitos locais foram impiedosamente combatidos em nome da civilização e da modernização, o mesmo acontecendo com a organização política e judiciária."²⁹⁹

Há, nesta prática, uma completa falta de reconhecimento do outro,³⁰⁰ uma vez que tal processo acabou sendo dirigido no sentido do subjugar, da submissão, no lugar da coordenação, do construir junto. Este segundo aspecto aponta para o fato da imposição do modelo jurídico português ter afastado qualquer possibilidade de coexistência entre ele e os modos e costumes locais, revelando a existência do centralismo jurídico. Trata-se, conforme explica Clóvis do COUTO E SILVA,³⁰¹ de

plural. (...) Em verdade, ele vem de certo descortino e traz em seu bojo - não por ele mesmo, que nada é causa de nada - a invenção de um mundo nunca antes navegado." (BORNHEIM, Gerd. **O conceito de descobrimento**. Rio de Janeiro : EdUERJ, 1998. p. 12.)

²⁹⁷ ELIAS, op. cit.

²⁹⁸ WOLKMER, **História**, p. 07.

²⁹⁹ HESPANHA, op. cit., p. 176.

³⁰⁰ Nos termos apresentados por TOURRAINE, op. cit., p. 82.

³⁰¹ COUTO E SILVA, Clóvis do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In.: AJURIS, Porto Alegre, 40, ano XIV, julho, 1987, p. 128-49.

uma característica marcante do direito civil brasileiro, que se revela "fenômeno antigo no direito português, não havendo discussão a respeito da superioridade do direito costumeiro ou local"³⁰² pois a partir das Ordenações Afonsinas,³⁰³ "Portugal passou a contar com uma legislação unitária e centralizada",³⁰⁴ fenômeno que se estendeu ao direito pátrio.

Implantou-se com isso uma ordem jurídica, calcada nas Ordenações do Reino de Portugal,³⁰⁵ cujo conteúdo assentava no Direito Romano, pensado em termos medievais e informado pelos valores divinos. Outras regulamentações tiveram relevância no ordenamento jurídico nacional pré-codificação, tais como a bula papal que confirmou os direitos de D. Manoel, rei de Portugal, sobre as terras do Brasil, as cartas régias, os forais, bem como outras legislações que versavam sobre temas específicos tais como a atividade mercantil e relações civis específicas, como casamento, sucessões, contratos.³⁰⁶

Concomitante a isso, houve as Ordenações posteriores, provindas de Portugal, bem como, após a independência, a elaboração legislativa nacional da Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, e da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891,³⁰⁷ e de toda legislação ordinária posterior acerca das mais variadas relações jurídicas.

³⁰² COUTO E SILVA, op. cit., p. 130.

³⁰³ As Ordenações do Reino de Portugal foram três: as Afonsinas, de 1446-47, as Manuelinas, de 1512-41, e as Filipinas, de 1603. (GRINBERG, p. 23).

³⁰⁴ COUTO E SILVA, op. cit., p. 130.

³⁰⁵ A expressão primeira representação legislativa remete à idéia de regulamentação escrita, posto que, conforme aduz Francisco AMARAL, "Nos primeiros tempos de colônia, até 1531, data da expedição de Martin Afonso de Souza, o direito era o dos costumes e usos, no mais das vezes, a força física." (**Direito**, p. 120)

³⁰⁶ A título de informação geral, a bula papal referida data de 20.01.1506, do Papa João II, que confirma o disposto no Tratado de Tordesilhas, de 1494. As cartas régias eram cartas de doação das capitanias hereditárias, que, segundo Francisco AMARAL, "estabeleciam 'apenas a legitimidade da posse e os direitos e privilégios dos donatários' ". Já os forais, ou cartas de foral, completavam a carta de doação e tinham um caráter jurídico, representando " 'um contrato enfiteutico em virtude do qual se constituíram perpétuos tributários da coroa e dos donatários capitães-mores, os solarengos que recebessem terras de sesmarias.' " (AMARAL, **Direito**, p. 120-1).

³⁰⁷ Designação de ambas as Constituições conforme indicação da obra **Todas as Constituições do Brasil**, compilada por Adriano CAMPANHOLE e Hilton Lobo CAMPANHOLE. (**Todas as constituições do Brasil**. 2 ed. São Paulo : Atlas, 1976.)

Tais legislações representaram, numa certa medida, uma forma de consolidação de poder, num momento o da Coroa Portuguesa em relação à colônia,³⁰⁸ e noutro o do Estado brasileiro que estava nascendo. A produção de legislação e sua observância dentro de um certo território não deixa de ser a exteriorização do exercício da soberania.³⁰⁹

No Brasil, este exercício foi bem particular.³¹⁰ Embora a independência em 1822 tenha cortado vínculos com Portugal, na perspectiva jurídica, fortes laços ainda permaneceram. Em 1823, se estabeleceu, por determinação legal, que a legislação civil portuguesa, em especial as Ordenações, continuariam vigendo até que fosse elaborado um Código,³¹¹ o que foi ratificado em 1824, quando da promulgação da primeira Constituição do Estado brasileiro.³¹²

Entretanto, embora o Código Criminal tenha sido elaborado em 1831, o Código Civil continuou sendo uma intenção e só teve existência jurídica concreta em 1916. Durante este período, várias tentativas de codificação foram feitas,³¹³ mas resultaram infrutíferas frente a inúmeros motivos históricos. Dentre estes, a título de

³⁰⁸ Tem-se, neste ponto, o que Judith MARTINS-COSTA apontou como estratificação do poder: "central e centralizador a um só tempo, o poder em sua nova face é uma força expansionista (conquista novos mundos, a América, o Oriente) e intervencionista (pois já atua através de políticas públicas bem marcadas, das quais a constituição das grandes companhias marítimas é o exemplo mais visível)." (op. cit., p. 140)

³⁰⁹ A lei é, conforme pontua Judith MARTINS-COSTA, um dos instrumentos de efetivação do poder estatal, talvez o mais importante. (op. cit., p. 141)

³¹⁰ Observa Judith MARTINS-COSTA que a dialética que informou o processo de codificação, tradição e ruptura, teve em solo nacional maior destaque da tradição. "Comparativamente a outros países, em especial a França, cujo Code marca o ponto de ruptura entre o direito antigo e o direito novo, a codificação civil brasileira representou o epílogo - decididamente relevante - do processo de desenvolvimento do direito." (op. cit., p. 278)

³¹¹ GRINBERG, op. cit., p. 11.

³¹² Tal disposição consta do inciso XVIII do artigo 179, que tratou dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, mediante a expressa determinação que "Organizar-se-há quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça e Equidade." (CAMPANHOLE, op. cit., p. 543.)

³¹³ Destaca-se, neste processo, a figura de Teixeira de Freitas, que inicialmente compilou a legislação existente, produzindo ao Consolidação das Leis Civis de 1855 para, num segundo momento, produzir o Esboço Teixeira de Freitas, que data de 1867. Outras tentativas posteriores tiveram lugar com Nabuco de Araújo, em 1872; Felício dos Santos, em 1878 e Antônio Coelho Rodrigues, em 1890. Em 1899, Clóvis Beviláqua é contratado para tanto e em menos de um ano apresenta o projeto que deu origem ao Código Civil brasileiro, promulgado em 01.01.1916. Sobre o tema podem ser consultados AMARAL, Francisco. **Direito civil** : Introdução. op. cit., GRINBERG, op. cit., e MARTINS-COSTA, op. cit., p. 246 e seguintes.

ilustração, quanto ao projeto, destacam-se a atuação crítica de Rui Barbosa ³¹⁴ e a luta travada pelas duas grandes escolas de direito no Brasil: a de Recife, à qual pertencia Clóvis Beviláqua, e a de São Paulo, donde era proveniente Rui Barbosa.

Tanta demora permite concluir que não se tratava somente do fato de que os trabalhos não atendiam ao desejado e esperado mas especialmente isso: não dar conta de todos os aspectos que um código deveria conter. As tentativas de codificação, numa certa medida, acabavam não atendendo ao que se queria então, quer seja porque não atendia a realidade, quer seja porque não contemplava os valores que se queria consolidar naquele momento histórico.

A par do largo espaço de tempo em que o processo de codificação nacional ocupou, poucos foram os questionamentos acerca da pertinência da elaboração de um Código Civil. Numa certa medida, codificar era uma “necessidade histórica, sem a qual o progresso e a modernização desejados nunca ocorreriam e o Brasil nunca iria para a frente.”³¹⁵ Tal visão não deixa de ser reflexo do que havia acontecido e ainda estava em curso na Europa, de modo que se pode observar o grau de influência externa na estrutura do sistema jurídico nacional.

Isso não ocorre somente nesta dimensão. A busca pela modernização e pelo progresso também passou pela absorção do conteúdo da codificação, que estruturava as relações jurídicas próprias de países que haviam passado por um processo histórico que justificava tanto o conteúdo como o formato dado.³¹⁶

³¹⁴ Segundo Keila GRINBERG, "Dizem as más línguas que, no fundo, Rui Barbosa apontava tantos problemas no projeto do Código Civil por puro ciúme de não ter sido o escolhido para redigir o texto, não se conformando por ter sido preterido por um novato na arte de elaborar e interpretar leis." GRINBERG, op. cit., p. 16-7.

³¹⁵ GRINBERG, op. cit., p. 20.

³¹⁶ Nestes termos, é relevante observar que Orlando GOMES destaca aspectos positivos do descompasso entre o direito escrito e a realidade social por ele mesmo apontada. A função educativa por ele apontada é sustentada pela afirmação de que "O idealismo da elite tem sido, entre nós, como foi na elaboração do Código Civil, de irrecusável utilidade para o próprio desenvolvimento do país. Transplantado para um país subdesenvolvido, que vivia exclusivamente na dependência da exportação da produção agrícola, instituições e doutrinas oriundas de povos mais desenvolvidos, os elaboradores do Código Civil concorreram para o aperfeiçoamento do nosso direito privado, sem sacrificar a tradição pela novidade, e sem cair no servilismo de outras codificações. Essa influência do direito escrito que se antecipa à realidade só se exerce, porém, quando a lei se coloca na perspectiva do desenvolvimento social, apresentando-se como uma aproximação da realidade futura." (GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. Salvador : Publicações da Universidade da Bahia, 1958. p. 71-2.)

Sob tal perspectiva, codificar os institutos basilares na realidade jurídica de então, significava, dentre as várias leituras possíveis, ingressar na modernidade jurídica que caracterizava o sistema romano-germânico e que refletia o processo de padronização da cultura em geral, passaporte de ingresso ao mundo civilizado.³¹⁷ Com o Código Civil, em 1916 o Brasil ingressou formalmente na modernidade jurídica.

O que se pode e deve observar é que, a partir do momento em que se importou modelo e conteúdo de sistema jurídico, a legislação passou a conformar as relações jurídicas conforme o que ela própria estabelecia, tendo como base de construção um modelo social e cultural europeu continental, que, diga-se de passagem, tinha significativas diferenças em relação ao nacional tropical.

A Europa, quando passou pela construção da modernidade, vinha de um momento histórico especial, de clara negação das relações feudais, e rumo a uma sociedade industrializada, enquanto o Brasil, naquele momento recém “descoberto”, começava a construir uma sociedade, de início rural, cujas relações assentavam na pessoalidade que ligava o senhor aos escravos, o coronel a seus afilhados, o comerciante rico a seus agregados.³¹⁸

A conformação social do segundo quartel do século XIX é suficiente para ilustrar os contornos da sociedade de que estava se falando. Segundo Orlando GOMES, o recenseamento de 1872 apontou a existência de 9.930.478 habitantes. De tal população, “considerando que o milhão e meio de escravos, o milhão de índios inúteis e os cinco milhões de agregados das fazendas e dos engenhos não podiam ser integrados no povo como realidade viva,”³¹⁹ Gilberto AMADO reduz a “trezentas ou quatrocentas mil pessoas pertencentes às famílias proprietárias de

³¹⁷ O Código Civil brasileiro de 1916, como explica Judith MARTINS-COSTA, tem um “espírito oitocentista, bem como a concepção de sistema que nele pode ser retratada - o sistema como ordem e unidade interna, dotado da pretensão da completude ou plenitude legislativa.” (op. cit., p. 259) Em seu artigo 1807 foram revogados expressamente os diplomas legais vigentes que à época cuidavam da vida civil, dentre os quais se encontravam as Ordenações Filipinas, de 1603.

³¹⁸ Observa Judith MARTINS-COSTA que o Código Civil de 1916 traduz, em seu conteúdo, “a antinomia verificada no tecido social entre a burguesia mercantil em ascensão e o estamento burocrático urbano, de um lado, e, por outro, o atraso o mais absolutamente rudimentar do campo, onde as relações de produção beiravam o modelo feudal.” (op. cit., p. 266)

³¹⁹ GOMES, **Raízes**, op. cit., p. 39.

escravos, os fazendeiros, os senhores de engenho”³²⁰ aqueles que realmente interessavam e aos quais as normas jurídicas eram dirigidas.

E a escravidão, que teve espaço até 1888, marcou profundamente a sociedade nacional e foi um dos elementos de confronto entre o sistema jurídico moderno, que se queria aqui implantar, e a realidade existente.

Nesses termos, segundo assevera Keila GRINBERG, a construção do sistema jurídico nacional passou por um processo de depuração de notas escravistas, de modo que o Código Civil brasileiro, na ótica de Clóvis Beviláqua, “devia ser dotado de um caráter teórico, desvinculado mesmo de alguns aspectos da realidade do país. Dissociar o Código Civil dos próprios costumes da sociedade seria a única maneira de reformá-la, formulando regras abstratas que, ao serem aplicadas à sociedade brasileira, acabariam por forçar a sua transformação.”³²¹

Entretanto, a sociedade que foi desenhada no Código Civil não era a que os juristas da época queriam que fosse, e tampouco a legislação foi suficiente para modificá-la. Embora a esfera jurídica dissesse o contrário – no sentido de afirmar uma teia de relações sociais européias –, “o direito brasileiro era profundamente marcado pelos costumes escravistas, patriarcais e católicos que formavam a sociedade brasileira.”³²² O desenho social era marcadamente rural, assentado em lavouras rudimentares, com uma população composta em sua maioria basicamente de libertos e colonos europeus. A minoria dos cidadãos continuava composta pelos mesmos senhores, fazendeiros, comerciantes.

O código, nesse sentido, pode ser visto como um mecanismo de ruptura na medida em que impõe um modelo jurídico diverso daquele então existente, embora Clóvis do COUTO E SILVA destaque o “desenvolvimento orgânico, sem acidentes notáveis, desde o período reinícola até os nossos dias” do direito civil brasileiro.³²³ Este sentido revolucionário,³²⁴ caracterizador do Código Civil francês, tem espaço na

³²⁰ GOMES, **Raízes**, op. cit., p. 39.

³²¹ GRINBERG, op. cit., p. 36.

³²² GRINBERG, op. cit., p. 37.

³²³ COUTO E SILVA, op. cit., p. 129.

história jurídica nacional a partir do momento em que importava em quebra dos costumes, que "significavam tradição, a tradição pertencia ao passado, e passado era, no Brasil, sinônimo de colonialismo, catolicismo e escravidão. O progresso, ao contrário, seria alcançado pela implementação de medidas liberais, das quais a codificação era uma das mais importantes."³²⁵

E, nada obstante o descompasso que a importação de um conteúdo jurídico europeu pudesse representar na realidade social brasileira do fim do século XIX, início do XX, isto foi feito e sua representação material pode ser lida e observada no já tão referido Código Civil brasileiro. Ele teve, em sua elaboração, uma dupla influência. A forma adotada remete ao BGB,³²⁶ o Código Civil alemão, que entrou em vigor em 1900, mas que já era conhecida nos meios jurídicos nacionais pelas mãos de Teixeira de Freitas, em seu Esboço.³²⁷

Tem-se uma parte geral, que "assegura a unidade do código, permitindo que o direito (...) seja construído de forma centralizada através da dedução lógica entre os conceitos gerais ali postos"³²⁸ e uma parte especial, em que as relações jurídicas típicas são delineadas.

No que tange ao conteúdo, pode-se observar uma dupla influência legal, tanto do Código Civil francês, de 1804, repleto de idéias fundadas no Iluminismo, como do BGB. Destaca Clóvis do COUTO E SILVA que, embora a maioria dos códigos latino-americanos tenha sentido influência direta do direito francês, "não se pode, porém, dizer que tenha sucedido o mesmo com o direito brasileiro."³²⁹ A influência houve, e pode ser dita setorizada na medida em que concepções do

³²⁴ Keila GRINBERG destaca este aspecto quando se refere ao Código Civil Francês, elaborado como um dos símbolos do processo de revolução pela qual França havia passado e pelo qual Napoleão se vangloriou dizendo-o ser sua obra eterna. (op. cit., p. 30).

³²⁵ GRINBERG, p. 33.

³²⁶ Em grafia no idioma original tem-se *Bürgerlich Gesetzbuch*, promulgado em 1896 e entrando em vigor em 1º de janeiro de 1900. (GOMES, **Introdução**, p. 65)

³²⁷ A influência do direito germânico na obra de Teixeira de Freitas, especialmente no que tange ao papel da razão, é destacada por Clóvis do COUTO E SILVA, que afirma a relevância da idéia de "inclusão num Código de uma Parte Geral em que os conceitos, de pessoa, bens e fatos jurídicos, conceitos que deverão vigorar em todo o direito, fossem claramente disciplinados, como depois se veio fazer no CC alemão." (op. cit., p. 136).

³²⁸ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 235.

³²⁹ COUTO E SILVA, op. cit., p. 128.

pensar jurídico francês se fizeram sentir no modelo nacional, como, por exemplo, pode ser verificado no Código Comercial que data de 1850.³³⁰

Outra influência significativa proveio do positivismo, filosofia dominante na República, que fundamentou a separação entre Igreja e Estado e, no plano da família,³³¹ por exemplo, contribuiu para obstar a adoção do divórcio como possibilidade de ruptura de vínculo conjugal.³³² Como resultado geral, buscou-se organizar juridicamente a sociedade, pautada numa base científica que remetesse à impessoalidade, à generalidade e a valores que indicassem o novo rumo que a sociedade européia estava seguindo, num nítido processo de negação do velho.³³³

Informado pelos aspectos descritos, em 1899 Clóvis BEVILÁQUA deu início aos trabalhos que deram origem ao Código Civil brasileiro, obra de cunho doutrinário,³³⁴ promulgado em 01 de janeiro de 1916, que entrou em vigor em 01 de janeiro de 1917 e assim permanecerá até 10 de janeiro de 2003.

2 NOTAS GERAIS DO PROCESSO DE DESCODIFICAÇÃO

O Código Civil brasileiro, durante um certo período foi efetivamente o diploma legal central das relações jurídicas de caráter privado, a exemplo do que já havia acontecido nos demais países que fazem parte do sistema jurídico romano-germânico. Entretanto, tal situação não se conservou assim indefinidamente. De sua vigência até a promulgação da Constituição Federal de 1988 é possível observar uma transformação significativa no que diz respeito tanto ao modo de

³³⁰ COUTO E SILVA, op. cit., p. 134.

³³¹ Sobre um viés crítico das origens históricas do Direito de Família, ver FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da Família do novo milênio** : Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

³³² Atesta Clóvis do COUTO E SILVA que a não adoção do divórcio se deu mais por força do positivismo de Augusto Comte do que da influência da Igreja Católica. (op. cit., p. 136)

³³³ GRINBERG, op. cit., p. 24.

³³⁴ COUTO E SILVA, op. cit., p. 135.

regulamentação existente no sistema como quanto à disposição dos conteúdos nos textos legais e aos conteúdos propriamente ditos.

Quando da promulgação do Código Civil brasileiro em 1916, o sistema jurídico nacional, numa certa medida, refletia o romano-germânico face à significativa influência que este exerceu junto ao modelo pátrio.³³⁵ O referido Código ocupava o centro do ordenamento jurídico privado,³³⁶ de modo que a ele se recorria sempre que houvesse alguma questão de ordem privada a ser examinada.

Nesta fase de excepcionalidade,³³⁷ a legislação extracodificada que porventura viesse a ser promulgada tinha um caráter de emergência, provocado por um silêncio legislativo³³⁸ que exigia do legislador um pronunciamento específico imediato. Não se queria, com isso, atingir a estrutura do Código e tampouco retirá-lo da posição central que ocupava.

Num segundo momento, já a partir da década de 30, a legislação extravagante continua sendo produzida, já não mais com um caráter de urgência ou excepcionalidade. É a fase da especialização,³³⁹ em que ao lado do Código, que ocupava uma posição quase solitária e dominante, passa a gravitar uma significativa

³³⁵ Gustavo TEPEDINO assevera que "O Código Civil, bem se sabe, é fruto das doutrinas individualista e voluntarista que, consagradas pelo Código de Napoleão e incorporadas pelas codificações do século XIX, inspiraram o legislador brasileiro quando, na virada do século, redigiu o nosso Código Civil de 1916." (TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In.: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. p. 02)

³³⁶ A centralidade do código no plano privado decorre, segundo Judith MARTINS-COSTA, de seu próprio estilo, "fechado, perfeitamente articulado, sem antinomias aparentes, pleno na matéria que deseja regular, pretendidamente unívoco nos conceitos que desenha (...) A imutabilidade é considerada a primeira e fundamental característica de uma legislação civil, ao lado da pretensão de plenitude, que a completa." Neste modelo de legislação não houve espaço para a inserção de cláusulas gerais. (op. cit., p. 267)

³³⁷ Este é o primeiro dos três momentos do processo de transformação da regulamentação das relações jurídicas privadas e do papel que o Código e a legislação extravagante desempenharam durante o século XX, apontado por Gustavo TEPEDINO. (Premissas, p. 4-8)

³³⁸ Durante o século XX alguns "silêncios legislativos" foram supridos com a elaboração de legislação extracodificada, tenha ela sido de caráter emergencial ou não, enquanto outros temas continuaram silentes. A título de ilustração, foi o que aconteceu com as uniões extramatrimoniais, cujo tratamento jurídico até 1988 se concentrou no campo do direito das obrigações pois o sistema jurídico negava o reconhecimento de família em razão da não descrição legal de tal modelo de relação jurídica no campo do direito de família.

³³⁹ TEPEDINO, Premissas, p. 11.

quantidade de legislação extravagante que cuida de temas inteiros retirados do âmbito codificado.³⁴⁰

Como consequência, surgiram duas dimensões de regulamentação privada: a comum, representada pelo Código, e a especial composta por leis extravagantes.³⁴¹ Tal processo foi denominado de descodificação,³⁴² numa referência ao deslocamento espacial de temas que eram tratados exclusivamente pelo Código e passaram a ser legislados fora dele.³⁴³

Mas as transformações não se restringiram à questão espacial. Além da retirada de temas dos Códigos, o legislador optou por produzir leis de maior abrangência, cuja disciplina do tema é realizada integralmente, sob a forma de estatutos.³⁴⁴ Estes não se limitam a tratar do direito substantivo pois, "no que tange ao setor temático de incidência, introduzem dispositivos processuais, não raro

³⁴⁰ A imobilidade do código, que acabou gerando tal especialização, é apontada por Francisco AMARAL: "Assim é que, publicado o Código, tantos foram os problemas e os desafios da sociedade em mudança e tamanha foi a dificuldade do Código em se adaptar às novas exigências que foi necessário partir-se para a adoção de leis especiais em ritmo crescente, tentando adequar os institutos tradicionais da sociedade civil (...) às novas contingências da sociedade industrial e tecnológica que se desenvolvia no Brasil em substituição do sistema colonial agrário da época da codificação." (Racionalidade, p. 75.)

³⁴¹ A produção de leis extravagantes acabou "minando pela base a ideologia da unidade legislativa. (...) Às leis especiais cabe o papel de regular interesses e situações que se especializam, porque as partes se desagregam do todo. Elas acabam com a sistematicidade externa do direito privado e com um modelo que se quis pleno ou organicamente 'total', e, ao assim operar, ameaçam a própria sistematicidade interna." A expressão "extravagante" remete ao fato de tal legislação sobrevagar o sistema refletido no Código. (MARTINS-COSTA, op. cit., p. 281-2)

³⁴² Sobre o ocaso dos códigos, ver GOMES, **Introdução**, p. 68 e seguintes.

³⁴³ Conforme aponta Maria Celina Bodin de Moraes TEPEDINO, "os códigos civis perderam a posição central que desfrutavam no sistema, verdadeiras constituições em que se configuravam, acarretando a redução do espaço reservado ao contrato e à propriedade, institutos-chave do liberalismo." (TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de direito civil**, n. 65, ano 17, p. 21-32, jul.-set. 93. p. 22.)

³⁴⁴ Explica Carmem Lúcia Silveira RAMOS que a produção legislativa de estatutos não é recente no ordenamento jurídico nacional como o texto acima poderia sugerir. Surgiram eles, inicialmente sob a denominação de leis extravagantes, "em razão de pressões sociais, para atendimentos das mais diversas necessidades, em particular a proteção da parte economicamente mais fraca, (...)" especialmente diante de relações jurídicas que não haviam sido contempladas pelo Código Civil. A produção dos estatutos acabou fazendo com que o sistema jurídico assumisse "formalmente o esgotamento e a insuficiência do modelo codificado para trabalhar a realidade (...)", o que acabou resultando em sua descentralização, "excluindo o monismo consagrado no código civil, em atendimento às emergências sociais." (RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In.: FACHIN, Luiz Edson. (org.) **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 3-30. p. 07

instituem tipos penais, veiculam normas de direito administrativo e estabelecem, inclusive, princípios interpretativos. Fixam, assim, verdadeiro arcabouço normativo para inteiros setores retirados do Código Civil."³⁴⁵

Trata-se de um aspecto que pode ser dito inovador em relação à técnica empregada quando do processo histórico da codificação. Dentre as várias características dos estatutos que ora podem ser apontadas, destaca-se,³⁴⁶ inicialmente, "uma alteração profunda na técnica legislativa. Cuida-se de leis que definem objetivos concretos; uma legislação de objetivos, que vai muito além da simples garantia de regras estáveis para os negócios."³⁴⁷

A utilização de cláusulas gerais³⁴⁸ rompe com a técnica de regulamentar detalhadamente os institutos, de modo que, se por um lado não é possível vislumbrar com detalhes os tipos jurídicos e todos os possíveis efeitos dele decorrentes, por outro permite-se maior abrangência de tutela, uma vez que não se fecham as possibilidades de situações, inclusive futuras, dando um caráter de maior maleabilidade ao Direito.³⁴⁹

³⁴⁵ TEPEDINO, Premissas, p. 08.

³⁴⁶ Além destas apontadas na seqüência, Gustavo TEPEDINO ressalta outras duas. Uma delas remete ao caráter de incentivo presente em alguns estatutos. Este pode ser identificado quando, por exemplo, a lei, ao lado de sua atuação repressiva, apresenta incentivos e vantagens aos destinatários, de modo que certas atividades ou comportamentos sejam atingidos, especialmente, como se pode observar, em se tratando de relações patrimoniais e quando o Estado tem poder para neles interferir. (Premissas, p. 09). A outra aponta para o caráter contratual dos estatutos na medida em que eles atendem a uma parcela específica da sociedade, em contraposição ao caráter geral imprimido pelo codificador. (Premissas, p. 10.).

³⁴⁷ TEPEDINO, Premissas, p. 08.

³⁴⁸ As cláusulas gerais, pontua Judith MARTINS-COSTA, "constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamentos jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sistematização no ordenamento positivo." (op. cit., p. 274, grifo no original)

³⁴⁹ Judith MARTINS-COSTA denomina as cláusulas gerais de proteiformes "porque assumem, seja qual for o ângulo de análise do estudioso, uma diversa significação. São proteiformes, também, porque o exame de suas significações traz consigo uma longa lista de problemas nucleares à teoria do direito e à dogmática jurídica, afastando, assim, qualquer reducionismo ou simplificação na sua análise." (op. cit., p. 273-4)

A linguagem empregada é outra característica significativa, deixando um pouco de lado exclusivamente o viés jurídico ao adotar expressões mais setoriais, que atendem aos temas específicos tratados pela legislação.³⁵⁰

Outra característica relevante foi o aumento na dimensão de proteção dada aos institutos. O Código Civil, coerente com os valores sobre os quais assentava, destacou prioritariamente a proteção ao sentido patrimonial.

Os estatutos, inovando, destacaram também a necessidade de acrescentar proteção extrapatrimonial, de modo que, tendo em vista a tutela da dignidade e a realização da personalidade, situações contratuais e de titularidade que primavam pela tutela do patrimônio atualmente vão além.³⁵¹

Neste ponto Gustavo TEPEDINO localiza um terceiro momento de análise na regulamentação privada das relações sociais. Com o que se pode denominar de a "era dos estatutos",³⁵² o Direito Civil perdeu definitivamente unidade sistemática que apresentava com a predominância do Código Civil. De um monossistema, passou-se a um plurissistema, fragmentário, que refletia os vários pontos de vista e valores legislados ao longo do século.

Gustavo TEPEDINO alerta para o fato deste caminho de reflexão conduzir à afirmação da existência de uma constelação de microssistemas, com total independência, inclusive em relação ao Código Civil, de modo que caberia a este um papel residual diante da inexistência de tratamento legal de uma lei extravagante. Ter-se-ia, então, uma real fragmentação do Direito Civil.³⁵³

Uma resposta à quebra do sistema fechado³⁵⁴ foi encontrada nele próprio. Na medida em que houve uma "modificação da técnica e da linguagem

³⁵⁰ Observa-se isto, por exemplo, quando a Lei 8.974, de 05 de janeiro de 1995, que regulamenta os incisos II e V do Art. 225 da Constituição Federal, traz em seu texto expressões como mutagênese; células somáticas de hibridoma animal ou fusão celular, inclusive a de protoplasma...

³⁵¹ Como explica Francisco AMARAL, "Configuram-se novas questões a exigir do direito adequadas estruturas jurídicas de resposta, (...) problemas do direito à vida que situam novamente a pessoa no centro do ordenamento jurídico, reafirmando-se o direito civil como sistema de defesa do indivíduo, do seu ser físico e natural, da sua individualidade e da sua vontade." (**Racionalidade**, p. 75.)

³⁵² TEPEDINO, Premissas, p. 08.

³⁵³ TEPEDINO, Premissas, p. 12.

legislativa,"³⁵⁵ também foram alteradas algumas premissas anteriores como, a título de exemplo, a rígida divisão entre as esferas pública e privada.³⁵⁶

Ao mesmo tempo em que se torna menos nítida a divisão entre as esferas pública e privada, o que operou uma quebra de premissa, o Estado passou a intervir de modo mais direto nas relações privadas, operando uma reunificação ou desfragmentação do sistema a partir da conjugação da plural regulamentação privada às diretivas apontadas pela Constituição Federal de 1988. É o que se conhece por processo de constitucionalização do direito privado, e que será analisado com mais profundidade na sequência.

3 ALGUMAS REFLEXÕES ACERCA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Dentro da perspectiva da constitucionalização, alguns pontos devem ser destacados para que se alcance maior profundidade e clareza do que vem a ser tal processo. Afirmar que é necessário fazer uma leitura constitucional dos institutos de Direito Civil,³⁵⁷ bem como que a Constituição é a estrela polar do ordenamento jurídico, que guiará tanto a produção legislativa como a interpretação e a aplicação da legislação³⁵⁸ torna relevante uma breve reflexão sobre como o sistema jurídico estruturados nos séculos XVII e seguintes se apresenta atualmente.

³⁵⁴ O sistema fechado, que se auto-referencia de modo absoluto, é posto de lado na medida em que a cultura jurídica passou a se movimentar em torno da noção de sistema aberto, cuja auto-referência é relativa. Este é outro aspecto relevante neste momento em que se tem não só a retirada do Código Civil como centro do sistema mas também a abertura deste para outros saberes aos quais, antes, o acesso ao jurídico estava vedado. (MARTINS-COSTA, op. cit., p. 275)

³⁵⁵ Judith MARTINS-COSTA localiza este aspecto como "vértice deste complexo processo de alteração da cultura jurídica." (op. cit., p. 285)

³⁵⁶ A tutela da personalidade é apontada por Pietro PERLINGIERI como elemento que conduz à superação da divisão de técnicas específicas de uma ou outra esfera, uma vez que ambas devem estar voltadas para ela. (**La personalità**, p. 16 e seguintes). Nestes termos, Maria Celina Bodin de Moraes TEPEDINO assevera que "Com cada vez maior frequência aumentam os pontos de confluência entre o público e o privado, em relação aos quais não há uma delimitação precisa fundindo-se, ao contrário, o interesse público e o interesse privado." (op. cit., p. 25.)

³⁵⁷ Conforme afirma Gustavo TEPEDINO, "Não se pode pretender adaptar a Constituição ao Código Civil, sendo indispensável proceder no sentido inverso, de modo a reler e forjar todo o tecido infraconstitucional sob o manto inovador e vinculante do Texto Maior." (TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. **Revista de estudos jurídicos**, Curitiba, v. VI, p. 101-14, ago. 97. p. 107.)

A construção do sistema jurídico romano-germânico assentou em algumas premissas que lhe deram a face que nos é conhecida hoje. A divisão entre as esferas pública e privada permitiam visualizar com certa clareza o que competia ao Estado e o que cabia aos particulares. Em linhas gerais, eram relações privadas as de cunho econômico e as de natureza familiar,³⁵⁹ sendo que ao Estado competia proteger e defender a sociedade civil nas situações em que elas se desenvolviam.

Não se observava uma inter-relação entre temas,³⁶⁰ de modo que os temas privados eram legislados nos Códigos e a Constituição, compreendida aqui em seu conceito ideal, caracterizava-se por consagrar um sistema de garantias da liberdade, por conter o princípio da divisão dos poderes e por ser escrita.³⁶¹ O ser humano frente à Administração Pública era o cidadão titular de direitos fundamentais descritos pela Constituição, que deveriam ser observados em todos os sentidos pelo Estado.³⁶²

O binômio Constituição/Código, numa certa medida, representava as duas esferas de produção legislativa, cujos temas não se confundiam mas que, ainda

³⁵⁸ Conforme TRABUCCHI, Alberto. Il diritto di famiglia. **Istituzioni di diritto civile**. 37 ed. Padova : CEDAM, 1997. p. 168.

³⁵⁹ AMARAL, Descodificação, p. 512.

³⁶⁰ Neste sentido, pode-se afirmar que a linha divisória entre as duas esferas do direito era clara e visível. Konrad HESSE, examinando a situação do Direito Germânico do século XIX, assevera que tal bipartição era concreta posto que, "Em essência, a relação entre Direito Constitucional e Direito Privado, apesar das mencionadas concordâncias de conteúdo, por princípio era de ausência de vínculos." ("En esencia, la relación entre Derecho Constitucional y Derecho Privado, pesa a las mencionadas concordancias de contenido, era aquí por principio de ausencia de vínculos.") (HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid : Editorial Civitas, 1995. p. 35)

³⁶¹ CANOTILHO, p. 64.

³⁶² Neste sentido assevera Ignacio Gutiérrez GUTIÉRREZ que "A Constituição, típica do constitucionalismo do século XIX, carece de vínculos materiais com o Direito Privado. A eficácia jurídica dos direitos fundamentais, exauria-se então na delimitação do âmbito material da reserva de Lei: a intervenção do poder executivo nos direitos fundamentais devia ser autorizada por meio de lei pelo Parlamento. É por isso, que nesta versão chamada de *clássica*, os direitos constitucionais valem como direitos somente perante à Administração, e somente enquanto o legislador não determine sobre eles; algo que ele, além disso, podia fazer inicialmente com inteira liberdade." ("La Constitución típica del constitucionalismo decimonónico carece de vínculos materiales con el Derecho Privado. La eficacia jurídica de los derechos fundamentales se agotaba entonces en la delimitación del ámbito material de la reserva de Ley: la intervención del poder ejecutivo en los derechos fundamentales debía ser autorizada mediante ley por el Parlamento. Por eso, en esta versión llamada *clásica*, los derechos constitucionales valen como derechos sólo frente a la Administración, y sólo entretanto el legislador no disponga sobre ellos; algo que éste, además, podía hacer en principio con entera libertad.") (GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. Introduccion. In. HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid : Editorial Civitas, 1995. p. 10-1).

assim, respeitavam uma mesma orientação: dar sustentação ao Estado Liberal.³⁶³ Sua Constituição, quanto à extensão e finalidade,³⁶⁴ podia ser dita garantia pois previa basicamente "os princípios e as normas gerais de regência do Estado, organizando-o e limitando seu poder, por meio de estipulação de direitos e garantias fundamentais".³⁶⁵ O Estado, pode-se dizer, tinha uma obrigação de não fazer em relação aos particulares.

E o Código, "estatuto orgânico da vida privada, elaborado para dar solução a todos os problemas de vida de relação dos particulares",³⁶⁶ não tinha seu conteúdo derivado materialmente da Constituição.³⁶⁷

Direito Público e Direito Privado eram visíveis a partir de suas representações legislativas, que delimitavam claramente os espaços a serem ocupados e as atribuições a serem exercidas.³⁶⁸ Pode-se dizer que as duas esferas mantiveram-se mais claramente distintas até por volta da década de 40, quando se tem a promulgação do Código Civil italiano, em 1942, em pleno regime fascista, e sua manutenção pelo emprego de um mecanismo de leitura pautada na Constituição Italiana de 1948.

Tem-se, a partir de então, mais um elemento que contribuiu para que o Código Civil perdesse sua centralidade, reflexo também da maior intervenção estatal

³⁶³ Segundo Francisco AMARAL, o processo de codificação, fruto da ligação entre o jusracionalismo e o iluminismo, junto às Constituições dos séculos XVIII e XIX "são os marcos essenciais da afirmação da *razão jurídica* moderna, e, sob o ponto de vista político, foram instrumentos da renovação liberal burguesa. Códigos e Constituições como a expressão jurídica do liberalismo." (Descodificação, p. 510).

³⁶⁴ Esta espécie de Constituição também recebe a denominação de sintética ou negativa, conforme MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 6 ed. São Paulo : Atlas, 1999. p. 38.

³⁶⁵ MORAES, p. 38.

³⁶⁶ GOMES, **Introdução**, p. 68.

³⁶⁷ GUTIÉRREZ, p. 11.

³⁶⁸ O modo do verbo empregado é um indicativo de que a dicotomia já não é mais absoluta, se é que em algum momento o foi. Isto ocorre, dentre várias possibilidades de análise, segundo a reflexão feita por Eroultho CORTIANO JÚNIOR, porque "A ordem jurídica de uma sociedade é unitária, o que afasta a tradicional contraposição direito privado/direito público. Como consequência, afasta-se também uma eventual contraposição direito civil/direito constitucional. A norma constitucional é parte integrante da ordem normativa, não podendo restringir-se a mera diretriz hermenêutica ou regra limitadora da legislação ordinária." (op. cit., p. 38)

nas relações privadas em nome da necessidade de promover maior justiça social.³⁶⁹ Garantindo um maior número de direitos aos cidadãos, o Estado deixa a posição de espectador das relações da sociedade civil e passa a regulamentá-las.

Deste modo, espaços de liberdade privada antes existentes foram restritos, mediante fiscalização e intervenção estatal, tornando o Estado presente em relações anteriormente restritas aos domínios privados.³⁷⁰ Isso se pode observar, a título de ilustração, com a utilização do sentido de função social agregada ao contrato³⁷¹ e à propriedade privada, relações jurídicas típicas do liberalismo que tiveram seu sentido funcionalizado.

Tal modificação decorre, dentre várias causas que podem ser apontadas,³⁷² da transformação do sentido de Estado, que deixa de ser Liberal e passa a ser de Bem-Estar Social. Assim, Constituição que o regulamenta adquire um sentido dirigente, que vai além do garantir um rol de direitos fundamentais e passa a exigir um comportamento estatal positivo, estabelecendo metas a serem buscadas.³⁷³

A Constituição passa a contemplar aspectos de relações que tradicionalmente se restringiam à esfera privada, de modo mais amplo, profundo e

³⁶⁹ Conforme disposto no artigo 3º da Constituição Federal, que determina os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

³⁷⁰ Ressalta-se que o agir estatal se faz presente na intervenção em relações de cunho patrimonial e nas de caráter pessoal, especialmente para coibir abusos que possam ser cometidos por pessoas mais fortes em relação aos mais fracos, como, por exemplo, quando o constituinte afirma, no artigo 226, § 8º, que "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações." Mais sobre o tema ver: IZUMINO, Wânia Pasinato. **Justiça e violência contra a mulher** : O papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero. São Paulo : Annablume : FAPESP, 1998. E SOARES, Bárbara Musumeci. **Mulheres invisíveis** : Violência conjugal e novas políticas de segurança. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1999.

³⁷¹ Mais sobre este tema ver: NALIN, Paulo. **Do contrato** : Conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba : Juruá, 2001.

³⁷² Segundo GUTIÉRREZ, op. cit., p. 11, um deles é a democratização.

³⁷³ Neste sentido, Clèmerson Merlin CLÈVE afirma que a atual Constituição brasileira é dirigente porque "Apresenta uma direção vinculante para a sociedade e o Estado. A República brasileira (a *res publica*), compreendida como comunidade nacional independente - momento da unidade - e constituída por classes e frações de classes sociais - momento do conflito -, desde o prisma jurídico, possui objetivos que devem ser perseguidos: aqueles plasmados no documento constitucional." (CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito constitucional e direito alternativo: Por uma dogmática constitucional emancipatória. In *Direito Alternativo*, Seminário nacional sobre o uso alternativo do direito. Evento comemorativo do sesquicentenário do Instituto dos Advogados Brasileiros. Rio de Janeiro : COAD, 1994. p. 41-2.).

diverso, trazendo diretivas de tratamento que anteriormente eram ditadas exclusivamente pelos Códigos.

Tem-se não um simples alargamento da proteção estatal, mas sim uma efetiva mudança de atuação. Conforme assevera Ignacio Gutiérrez GUTIÉRREZ, “Não estamos diante de um simples progresso na garantia dos clássicos direitos fundamentais, senão diante de uma verdadeira mudança qualitativa que afeta o seu sentido.”³⁷⁴

Esta mudança de atuação passa pela implementação da tutela de aspectos que foram ignorados ou relegados a segundo plano pelos códigos, pois as “Constituições ocuparam-se de proteger a personalidade porque o direito dos códigos deixou este espaço. Ao se ocupar apenas (ou dar maior ênfase) dos aspectos patrimonialísticos da existência humana, criou-se um vácuo, preenchido pela proteção constitucional à personalidade humana.”³⁷⁵

Porém o processo de constitucionalização não se resume a uma localização espacial de temas. Konrad HESSE observa que a Constituição de Weimar contemplou em seu texto temas de Direito Privado.³⁷⁶ Entretanto, a tais disposições foram atribuídas função de guia, de modo que se abriu espaço para o argumento de que tais normas tinham caráter programático, condicionando-lhes a eficácia à edição de uma lei ordinária.

Observa-se que, seguindo este raciocínio, as esferas pública e privada continuam devidamente separadas pois a efetivação de uma disposição de conteúdo privado, mesmo que inserida em texto constitucional, exige o veículo usado para a regulamentação da vida privada: uma lei ordinária.

O sentido de constitucionalização que se tem contemporaneamente é o de uma Constituição dirigente, na medida em que vincula tanto o Estado como a

³⁷⁴ Em idioma original: “No estamos ante un simple progreso en la garantía de los clásicos derechos fundamentales, sino ante un verdadero cambio cualitativo que afecta a su sentido.” E prossegue o autor: “Como conseqüência, se produz uma transformação das relações jurídico-privadas, em particular mediante uma diferenciada intervenção pública que torna relativo o dogma da autonomia da vontade e quebra a unidade do Direito Privado” (“Como consecuencia, se produce una transformación de las relaciones jurídico-privadas, en particular mediante una diferenciada intervención pública que relativiza el dogma de la autonomía de la voluntad y quiebra la unidad del Derecho Privado.”) (op. cit., p. 12).

³⁷⁵ CORTIANO JÚNIOR, op. cit., p. 36.

³⁷⁶ HESSE, op. cit., p. 48. Aprofundar isso um pouco mais.

sociedade na busca de princípios nela plasmados. As disposições constitucionais, conforma afirma Luiz Roberto BARROSO, "não são apenas normas jurídicas, como têm caráter hierarquicamente superior, não obstante a paradoxal equivocidade que longamente campeou nesta matéria, considerando-as prescrições desprovidas de sanção, mero ideário não jurídico."³⁷⁷ Por conseqüência, as normas nela contidas devem ter sua eficácia reconhecida de plano e sua incidência direta "na regulação da esfera jurídica privada dos particulares."³⁷⁸

Não basta, desta forma, colocar o conteúdo de Direito Privado no texto constitucional para que se realize uma constitucionalização. É preciso ir além, especialmente dando efetividade às disposições que tratam de família, propriedade e contrato. Para tanto serão tecidas algumas considerações acerca de pontos relevantes para a compreensão da constitucionalização.

3.1 Especificidades da Constitucionalização

Estruturadas as linhas gerais do processo de constitucionalização, Gustavo TEPEDINO alerta acerca de alguns preconceitos que podem contaminar a interpretação do Direito Civil a partir de uma perspectiva constitucional.

Um dos cuidados necessários é não afirmar que os princípios constitucionais são simples princípios políticos, de modo que comporiam um rol de objetivos a serem alcançados, não necessariamente neste momento, e especialmente dirigidos ao legislador, o que realçaria seu sentido formal. "O civilista, em regra, imagina como destinatário do texto constitucional o legislador ordinário, (...) de tal sorte que não se sente diretamente vinculado aos preceitos constitucionais."³⁷⁹ Esta linha de reflexão acaba fazendo-o refém do legislador ordinário, de modo que se torne difícil reler e tampouco revisar os tradicionais institutos do Direito Civil contemplados no

³⁷⁷ BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas** : Limites e possibilidades da constituição brasileira. 3 ed. atual. Ampl. Rio de Janeiro : Renovar, 1996. p. 76.

³⁷⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filragem constitucional** : Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre : Sergio Fabris, 1999. p. 100.

³⁷⁹ TEPEDINO, Premissas, p. 18.

Texto Constitucional e menos ainda aplicar seus princípios gerais em temas não contemplados expressamente.

Os princípios constitucionais devem ter seu sentido material realçado mediante a afirmação de que "são dotados de normatividade jurídica superior e expressam uma reserva histórica de justiça da sociedade [o que] permite impor, aos operadores jurídicos, uma espécie de compromisso com a normatividade integral dos valores constitucionais e sua realização."³⁸⁰

Outro cuidado a ser tomado diz respeito ao sentido dado aos princípios constitucionais. Não se pode confundi-los com os princípios gerais do direito uma vez que ambos têm fontes diversas.³⁸¹ Os princípios gerais "são extraídos implicitamente da legislação, pelo método indutivo,"³⁸² e os constitucionais podem ser encontrados no Texto Constitucional, expressamente ou mediante a aplicação do processo de densificação de que trata J. J. Gomes CANOTILHO.³⁸³

A forma de aplicação também não se confunde. Os princípios gerais do direito, conforme pontua Gustavo TEPEDINO, suprem eventual lacuna da lei, conforme prescrito no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro,³⁸⁴ tendo um caráter residual posto que dependem da inexistência prévia de possibilidade de analogia ou de costume correspondente. Já os princípios

³⁸⁰ SCHIER, op. cit., p. 130.

³⁸¹ Tal posição não é unânime. Walter Claudius ROTHENBURG afirma que "Parece, assim, que os princípios constitucionais outros não são que os 'velhos conhecidos' princípios gerais do Direito (*de um determinado Direito*, historicamente situado), agora dignamente formulados através das normas supostamente mais altas do ordenamento jurídico." (**Princípios constitucionais**. Porto Alegre : Sergio Fabris, 1999. p. 15.).

³⁸² TEPEDINO, Premissas, p. 18.

³⁸³ CANOTILHO, op. cit., p. 186 e seguintes.

³⁸⁴ Trata-se da Lei 4657, de 04 de setembro de 1942, cujo artigo referenciado tem a seguinte redação: "Art. 4.º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

constitucionais têm aplicação imediata,³⁸⁵ consoante o necessário respeito à hierarquia das normas,³⁸⁶ independentemente da existência de lacuna no texto legal.

Trata-se de concretizar sua efetivação de modo imediato, com a realização da leitura de toda a legislação infraconstitucional à luz dos valores constitucionais, de modo que, "mesmo em presença de aparentemente perfeita subsunção a uma norma de um caso concreto, é necessário buscar a justificativa constitucional daquele resultado hermenêutico."³⁸⁷

A utilização de cláusulas gerais é outro aspecto relevante. A técnica empregada pelo codificador, descritiva e pormenorizada, cede espaço para o tratamento por cláusulas gerais, cujo alcance é maior em razão da permeabilidade e generalidade que elas apresentam. Observa-se, com isso, que aumenta seu espaço de incidência pois maior número de situações, com suas particularidades, podem se colocar sob seu abrigo.³⁸⁸

Um último aspecto destacado por Gustavo TEPEDINO é a necessidade de abandono da rígida divisão entre Direito Público e Direito Privado. É certo que ambas as esferas existem e têm autonomia. Entretanto, autonomia não quer significar independência absoluta, de modo que há uma interligação entre elas, mesmo porque ambas fazem parte de algo mais amplo que é o sistema jurídico.

³⁸⁵ Walter Claudius ROTHENBURG pontua que "(...) os princípios não só podem atuar desde logo, como essa incidência chega a ser, num certo sentido, até mais 'fácil' que as regras, pois aqueles, em função de sua abrangência, orientam sempre a solução jurídica de casos, tanto direta (nos casos em que socorrem imediatamente uma pretensão específica) quanto indiretamente (conformando as demais normas jurídicas por todos os ângulos e de todas as maneiras)." (p. 29).

³⁸⁶ Gustavo TEPEDINO é contundente ao afirmar que a aplicação dos princípios, segundo o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, significaria "uma subversão da hierarquia normativa e uma forma de prestigiar as leis ordinárias e até os costumes, mesmo se retrógrados ou conservadores, em detrimento dos princípios constitucionais que, dessa maneira, só seriam utilizados em sede interpretativa na omissão do legislador, e após serem descartadas a analogia e a fonte consuetudinária." (Premissas, p. 18.).

³⁸⁷ TEPEDINO, Maria Celina, p. 29.

³⁸⁸ Um problema que pode ocorrer é de adaptação a esta técnica legislativa. Destaca Gustavo TEPEDINO que o costume com o alto grau de descrição presente no Código Civil pode conduzir à ineficácia das cláusulas pois, "segundo o raciocínio ainda dominante, como certa situação concreta não está prevista expressa e casuisticamente, não se reconheceria legislação aplicável, mesmo na presença de cláusulas gerais que, versando sobre a espécie, seriam consideradas como mero programa de ação legislativa, endereçadas ao legislador futuro. Trata-se de grave equívoco de rota, incompatível com a política legislativa atual." (Premissas, p. 18).

Ademais, a "interpenetração do direito público e do direito privado caracteriza a sociedade contemporânea, significando uma alteração profunda nas relações entre o cidadão e Estado,"³⁸⁹ e revelando também a "alteração dos confins entre o direito público e o direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser meramente quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual é o território do direito privado."³⁹⁰

Isso, conforme pontua Teresa NEGREIROS, acaba gerando a insuficiência dos instrumentos clássicos da dogmática civil para a solução para novas questões, especialmente porque resta invalidado seu "postulado fundamental, qual seja, a demarcação de uma linha divisória precisa entre o direito público e o direito privado, como dois campos normativos que traduzem interesses, por natureza, dicotômicos."³⁹¹

Além destas ponderações, Konrad HESSE tece considerações relevantes acerca do significado do Direito Constitucional em relação ao Direito Privado, apontando três funções específicas.

A primeira é a de garantia,³⁹² uma vez que a Constituição dá condições de real efetivação a institutos tipicamente de Direito Privado, protegendo-os de uma supressão ou esvaziamento por meio de lei ordinária, e assegurando fundamentos ao Direito Privado que, por si só, não poderia produzir.³⁹³ Além disso, também "garante fundamentos do Direito Privado – novamente aqui com a vinculação reforçada do Direito Constitucional – enquanto que tutela a personalidade livre e autodeterminada, mediante os direitos de liberdade e mediante o direito geral da personalidade."³⁹⁴ Este sentido de garantia compreende tanto a tutela acerca da

³⁸⁹ TEPEDINO, Premissas, p. 19.

³⁹⁰ TEPEDINO, Premissas, p. 19.

³⁹¹ NEGREIROS, Teresa. Dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios. In.: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. p. 337-75. p. 339.

³⁹² HESSE, Derecho, p. 83.

³⁹³ CORTIANO JÚNIOR, op. cit., p. 36.

intervenção estatal como no que tange as relações desenvolvidas exclusivamente entre particulares.

A segunda função apontada é a de guia ou orientação, especialmente quando reflete com maior agilidade e rapidez “às mudanças da realidade; graças à amplitude e abertura das suas normas está na situação de poder levar em conta as transformações dos pressupostos e das exigências mais rapidamente e mais facilmente que o Direito Privado.”³⁹⁵

Entretanto, é de se ressaltar aqui que a função de guia não se confunde com um sentido de alcançar objetivos futuros, um programa político a ser realizado. O Direito Constitucional, em relação ao Direito Civil, atua de imediato, sem necessidade de posterior regulamentação, conforme o sentido já examinado acima, quando se tratou brevemente da aplicabilidade imediata dos princípios constitucionais.

A terceira função é a de impulso, que diz respeito ao possível desenvolvimento que pode ser sentido na esfera do Direito Privado quando este se associa ao Direito Constitucional. Isso se justifica, numa certa medida, a partir do momento em que o Direito Constitucional reflete com mais agilidade as transformações sociais fazendo com que a esfera privada sinta tais efeitos na medida em que está relacionado a ele.³⁹⁶

4 UM OLHAR SOBRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A incidência dos princípios constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico pode obedecer vários caminhos, sendo que um deles foi descrito por J. J. Gomes

³⁹⁴ A questão da tutela da personalidade, aduz HESSE, é das mais relevantes por configurar “questão constitucional essencial de nosso tempo.” (“cuestión constitucional esencial de nuestro tiempo.”) (HESSE, Derecho, p. 83.) Em idioma original: “garantiza fundamentos del Derecho Privado - de nuevo aquí com la vinculación reforzada del Derecho Constitucional - en cuanto tutela la personalidad libre y autodeterminada mediante los derechos de libertad y mediante el derecho general de la personalidad.”

³⁹⁵ HESSE, Derecho, p. 84. Em idioma original: “a los cambios de la realidad; gracias a la amplitud y apertura de sus normas está en situación de tener en cuenta las transformaciones de los presupuestos y de las exigencias más rápidamente y más fácilmente que el Derecho Privado.”

³⁹⁶ HESSE, Derecho, p. 85.

CANOTILHO, e segundo o qual, o efeito dos princípios constitucionais se espalha por toda a legislação mediante um processo de especificação de seus conteúdos ao qual ele denominou de densificação.³⁹⁷ Mediante tal processo, os princípios constitucionais se fazem sentir em todas as dimensões das relações jurídicas, de modo que acabam arejando seus conteúdos e imprimindo os novos valores vigentes.

J. J. Gomes CANOTILHO aponta uma certa hierarquia³⁹⁸ dos princípios constitucionais,³⁹⁹ sendo que ocupam o ápice os princípios ditos estruturantes, "constitutivos e indicativos das idéias directivas básicas de toda a ordem constitucional."⁴⁰⁰ Têm um carácter geral e amplo, de modo que servem como indicativos para todo o sistema jurídico.

Tais princípios são concretizados por meio de outros, ditos subprincípios, por derivação, denominados "princípios gerais fundamentais", que têm por função densificar os princípios estruturantes, "iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno."⁴⁰¹

O processo de densificação tem seqüência com princípios constitucionais especiais, mais específicos, e regras constitucionais de qualquer natureza. O conjunto de todos os princípios e regras acabam formando um sistema interno, a unidade material que tem a Constituição.⁴⁰²

³⁹⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 186 e seguintes.

³⁹⁸ A expressão hierarquia, neste caso, não quer significar superioridade e deve ser interpretada como uma hierarquia derivativa, uma vez que dos princípios estruturantes decorrem todos os outros, razão pela qual não podem com aqueles conflitar.

³⁹⁹ J. J. Gomes CANOTILHO trata do tema quando examina o sistema interno de normas, compreendidas aqui as regras e princípios, de modo que a articulação existente entre ambos, respeitados os tipos e características, "iluminará a compreensão da constituição como um sistema interno assente em princípios estruturantes fundamentais, que por sua vez, assentam em *subprincípios e regras constitucionais* concretizadores desses mesmos princípios. Quer dizer: a constituição é formada por regras e princípios de diferentes graus de concretização." (op. cit., p. 186-8.)

⁴⁰⁰ CANOTILHO aponta, como princípios estruturantes da ordem constitucional portuguesa o princípio do Estado de direito, o democrático e o republicano, e restringe a análise à perspectiva constitucional. Op. cit., p. 186.

⁴⁰¹ CANOTILHO, op. cit., p. 187.

⁴⁰² CANOTILHO, op. cit., p. 188.

Tal processo nada mais é do que o método de concretização do conteúdo dos princípios estruturantes por meio de sua aplicação a situações concretas.⁴⁰³ Trata-se, em linhas gerais, do afunilamento da dimensão do caráter geral para a aplicação em situações específicas. A densificação pode ser ainda mais eficaz, no que tange ao grau de concretização, por via de concretização legislativa e jurisprudencial.

O norte é o princípio constitucional, estruturante, geral ou específico, condicionante de todas as outras normas⁴⁰⁴ que lhe seja hierarquicamente inferiores, de modo que toda a legislação infra-constitucional deve estar de acordo com o sentido nele existente ou, ao menos, não o contrariar. Como reflexo, tem-se que "a solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam."⁴⁰⁵

Esta característica acaba fazendo com que a legislação pré-existente à Constituição, caso seja conflitante, padeça de inconstitucionalidade superveniente e a posterior deva, necessariamente, ser a eles adequada, o que vale dizer, deve ter sido elaborada tendo por norte o mesmo sentido que o princípio estruturante.

É relevante destacar que a produção de jurisprudência também deve seguir linha de raciocínio idêntica, de modo que as decisões, de certo modo, estejam vinculadas⁴⁰⁶ ao teor e conteúdo dos princípios específicos, gerais e, em última análise, os estruturantes.

⁴⁰³ Como indicativo de efeito concreto, é cabível a ponderação de Paulo Ricardo SCHIER: "se o fundamento da ordem jurídica justa é principiológico, tem-se que a própria idéia de justiça fica sujeita a relações de ponderação diante de cada caso concreto. Ou seja, o conceito de justiça é relido e atualizado à luz de cada caso concreto posto diante do juiz." (op. cit., p. 131.)

⁴⁰⁴ Por norma entenda-se o conjunto de regras e princípios, nos termos da página 48 de Canotilho. Desta forma, afirma o autor que: "(1) - as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) - a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas;" (p. 172). Francisco Amaral tem posição diversa. Segundo ele, os princípios diferem das "normas jurídicas porque não têm a estrutura típica delas, a hipótese de fato e o dispositivo ou consequência jurídica." (p. 90)

⁴⁰⁵ PERLINGIERI, **Perfis**, p. 05.

⁴⁰⁶ A expressão vinculada aqui empregada não tem o sentido de, por exemplo, súmula vinculante. O objetivo é destacar que a produção jurisprudencial deve, necessariamente, estar pautada não somente nas regras que cuidam do tema mas especialmente no que dizem os princípios

Em se tratando de situações jurídicas existenciais, o exame dos princípios constitucionais sob a perspectiva apresentada revela uma grande teia, tecida a partir do princípio estruturante da tutela da dignidade da pessoa humana, que se densifica na medida em que revela outros, como um geral fundamental que afirma a igualdade em qualquer dimensão, um constitucional especial que a localiza nas relações entre cônjuges, sem excluir outros, de caráter ainda mais específico, que podem incidir sobre um ponto preciso da relação conjugal, como quando se pensa na conjugalidade e na necessidade de tutela prioritária dos cônjuges e de sua intimidade.

5 O ESPAÇO DOS PRINCÍPIOS NO SISTEMA JURÍDICO NACIONAL

Diante do alcance que têm os princípios constitucionais, é possível assentar neles toda a orientação das relações jurídicas em geral, de modo que seus conteúdos sejam oxigenados pelos valores que orientam o sistema como um todo. Todavia, podem-se observar duas orientações acerca do papel a eles atribuído no sistema jurídico nacional.

Um deles ocupa um sentido de integração de lacuna, precisamente quando informado pelo texto do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, posição adotada por Francisco AMARAL, para quem os princípios gerais do direito são "diretivas básicas e gerais que orientam o intérprete ao aplicar o direito no caso de omissão do texto legal. São valores não expressos em lei, nem sob a forma de costumes, que se utilizam para o preenchimento de lacunas, e dos quais nos servimos para realizar integralmente a tarefa de interpretar o direito."⁴⁰⁷

Conjugando isto ao texto do referido artigo, os princípios gerais do direito "constituem-se em recurso último para o caso de o ordenamento jurídico ser

a ele relacionados. Se houver conflito entre regra e princípio, deve ser observado o princípio. Em linhas gerais, tem-se o sentido de interpretação conforme, segundo a qual, "diante de múltiplas interpretações possíveis de um preceito infraconstitucional, deve-se optar por aquela que seja mais conforme à Constituição, aquela que atribua maior eficácia aos valores constitucionais, afastando as interpretações inconstitucionais." (SCHIER, op. cit., p. 132-3)

⁴⁰⁷ AMARAL, p. 91. Faz-se necessário destacar que o autor diferencia princípios gerais do direito de princípios gerais do ordenamento jurídico, destacando que os primeiros "são aqueles sobre os quais a ordem jurídica se constrói", se referindo a todo o direito. A redação sugere que estão fora do ordenamento.

incompleto, lacunoso, não dispondo de norma jurídica aplicável ao caso material surgido."⁴⁰⁸ E prossegue o autor: "Sua utilização caracteriza então a chamada *analogia iuris* quando, 'esgotado o império da lei, e na falta de costume se passa a outra norma de direito supletório, os princípios gerais de sistema de direito vigente."⁴⁰⁹

Tal ponto de vista dá ao princípio um caráter meramente residual, passível de aplicação somente quando já foram esgotadas todas as possibilidades de regulamentação, inclusive a aplicação de costumes.

Francisco AMARAL, ao refletir acerca dos princípios jurídicos positivos, utiliza nomenclatura diversa daquela empregada por J. J. Gomes CANOTILHO. Segundo ele, os princípios podem ser constitucionais, aos quais também denomina superiores, ou institucionais. No sistema jurídico nacional, "são princípios constitucionais, superiores, fundamentais, os referidos no art. 1º da Constituição Federal: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político."⁴¹⁰ Seu caráter constitucional lhes dá força normativa, de aplicação preferencial sobre qualquer norma ordinária que, eventualmente, possa ter conteúdo contrário ou conflitante. Seriam equivalentes aos princípios ditos estruturantes por J. J. Gomes CANOTILHO.

Os princípios denominados institucionais apresentam um caráter mais restrito, no sentido de específico, pois "fundamentam e sistematizam determinados institutos ou instituições jurídicas",⁴¹¹ como, por exemplo, a igualdade entre cônjuges e filhos de qualquer natureza. São os princípios gerais e específicos a que J. J. Gomes CANOTILHO se refere. Exatamente estes devem servir ao processo de integração de lacuna descrito pelo já referido artigo 4º.⁴¹²

⁴⁰⁸ AMARAL, **Direito**, p. 92.

⁴⁰⁹ AMARAL, **Direito**, p. 92.

⁴¹⁰ AMARAL, **Direito**, p. 90-1.

⁴¹¹ AMARAL, **Direito**, p. 90.

⁴¹² Posição próxima a esta é a de Francisco José Ferreira MUNIZ, para quem "A entrada em vigor da Constituição fez cessar, portanto, a vigência das normas do direito de família contrárias à Constituição." Todavia, afirma ele que "os princípios constitucionais do direito de família (...) têm eficácia jurídica direta e são, portanto, normas vinculativas;" devendo os preceitos a ele relativos serem interpretados e integrados em conformidade com tais princípios. (MUNIZ, O Direito, p. 96.)

Outra linha de pensamento remete à incidência imediata dos princípios constitucionais, tal como já exposto. Observa-se uma diversidade de tratamento quanto ao momento de aplicação dos mesmos, o que acaba gerando efeitos significativamente diversos.

Afirmar a necessidade de uma lacuna implica em lhe atribuir o já referido carácter residual, orientação compatível com um sistema que pode ser denominado de tradicional, mas que não se ajusta aos efeitos do processo de constitucionalização. As "regras e princípios constitucionais valem como 'lei': o *direito constitucional é direito positivo*." ⁴¹³

Trata-se de norma vinculante,⁴¹⁴ que deve ser aplicada a todas as relações,⁴¹⁵ independente de constatação de lacuna ou inconstitucionalidade, na prática quotidiana de interpretação e aplicação do Direito. Isto porque os princípios são, segundo pontua Robert ALEX Y, mandados de otimização do sistema, que podem ser cumpridos em diversos graus, dependendo do alcance e eficácia dos demais princípios.⁴¹⁶

Trata-se, neste caso, de se afirmar a aplicabilidade direta das normas constitucionais, sejam elas regras ou princípios. E, em se tratando de direitos e garantias fundamentais, a CF/88 é inquestionável ao determinar, no artigo 5º, § 1º, que "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata."

⁴¹³ CANOTILHO, p. 189. E prossegue o autor: "Se o direito constitucional é direito positivo, se a constituição vale como lei, então as regras e princípios constitucionais devem obter normatividade, nos seguintes sentidos: (1) - possibilidade de regular jurídica e efectivamente as relações da vida (P. HECK); (2) - dirigir as condutas e dar segurança a expectativas de comportamentos (LUHMANN)." (p. 189.) Neste sentido é interessante observar que esta posição permite ir adiante nas afirmações de modo a questionar a existência de condições de aplicação, por exemplo, das normas programáticas, compreendidas aqui como simples programas futuros. A aplicabilidade imediata das normas constitucionais não autoriza mais bipartir-las em norma jurídica atual e norma programática: "todas as normas são actuais, isto é, têm uma força normativa independente do acto de transformação legislativa. Não há, pois, na constituição 'simples declarações (sejam oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) a que não se deva dar valor normativo, e só o seu conteúdo concreto poderá determinar em cada caso o alcance específico do dito valor." (p. 190-1).

⁴¹⁴ FACHIN, **Elementos**, p. 47.

⁴¹⁵ TEPEDINO, Maria Celina. Op. cit., p. 29.

⁴¹⁶ ALEX Y, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 86.

Neste sentido afirma J. J. Gomes CANOTILHO que, além de se afastar "desde logo, a 'idéia criacionista' conducente ao desprezo dos direitos fundamentais enquanto não forem positivados a nível legal (...) significa também que eles *valem directamente contra a lei*, quando esta estabelecer restrições em desconformidade com a constituição."⁴¹⁷

Como consequência, o ordenamento jurídico vigente à época da promulgação da Constituição Federal de 1988, assim como o de vigência posterior, devem ser objeto de exame de constitucionalidade quotidiana, tendo como parâmetro a adequação do conteúdo aos princípios que efetivamente orientam o sistema jurídico.

Um permanente cotejo entre o conteúdo e a harmonia do corpo normativo, vale dizer, dos princípios e das regras, dá condições para alcançar a realização da dignidade do modo o mais amplo possível, que é, nas palavras de Ingo SARLET, o valor-guia de toda a ordem jurídica, princípio de maior hierarquia axiológico-valorativa.⁴¹⁸

Esta posição, no plano das relações conjugais, torna indispensável uma leitura diversa daquela realizada pelos Códigos Civis que mantêm um modo de vê-la muito próximo àquele que informou a estruturação do sistema jurídico, com uma intervenção direta na intimidade dos cônjuges e da conjugalidade na medida em que estabelece deveres e prevê punição para seu descumprimento. Trata-se de dar condições de efetivar e garantir a dignidade por meio de uma reserva da intimidade no espaço relacional da conjugalidade. Mas antes de se refletir diretamente sobre isso, é necessário tecer considerações sobre possíveis visões das relações conjugais.

⁴¹⁷ CANOTILHO, p. 192.

⁴¹⁸ SARLET, op. cit., p. 72.

CAPÍTULO QUARTO

O DESENHO DAS DUAS FORMAS DE CONJUGALIDADE EXPRESSAMENTE RECEPCIONADAS PELA LEGISLAÇÃO

Parece uma caravela, disse o homem, Mais ou menos, concordou o capitão, no princípio era uma caravela, depois passou por arranjos e adaptações que a modificaram um bocado, Mas continua a ser uma caravela, Sim, no conjunto conserva o antigo ar,⁴¹⁹

1 O PROCESSO DE INGRESSO DA RELAÇÃO CONJUGAL NO SISTEMA JURÍDICO

A família ingressou no sistema jurídico como um de seus pilares, com seu conteúdo significativamente influenciado pelo Direito Canônico.⁴²⁰ Uma leitura de seu modelo original aponta para o marco inicial de qualquer relação jurídica de família: o casamento. Tal opção, explica Carmem Lúcia Silveira RAMOS, pode ter como justificativa a relação entre os "valores dominantes em matéria de uniões sexuais entre casais - como regra mascarados em princípios jurídicos, éticos, morais e religiosos, dentre outros - e a idéia de apropriação de bens".⁴²¹ o que, numa certa medida, explicaria a escolha de um modo de constituição exclusivo, assentado na detalhada formalidade que cerca o matrimônio em todos os seus momentos.

⁴¹⁹ SARAMAGO, op. cit., p. 28-31.

⁴²⁰ Para uma leitura verticalizada do tema, consultar LEITE, **Tratado**.

⁴²¹ E prossegue Carmem Lúcia Silveira RAMOS aduzindo que tal relação - casamento e apropriação de bens - se não é a única justificativa "ou não é invocada de forma expressa, certamente em muito contribuiu e contribui para a discriminação socio-cultural sofrida pelas uniões não matrimonializadas." (RAMOS, **Famílias**, p. 59)

Observa-se a atribuição de um caráter instrumental ao sentido jurídico de família, dirigido a implementar os objetivos que informaram a estruturação do sistema com especial destaque à conquista e manutenção de poder, traduzido ora pelo estabelecimento de alianças, ora pelo destaque ao seu caráter patrimonial.⁴²²

Este sentido instrumental não foi novidade quando se fala em casamento, aspecto que já havia sido apontado por Juan Ramon CAPELLA.⁴²³ Lluís FLAQUER, tecendo comentários acerca da família de base patriarcal existente na Europa, especialmente no período pré-Revolução Francesa, e concentrando a análise no papel destinado e desempenhado pelas mulheres, assevera que, além de terem como função primordial a reprodução física da espécie, representava um dos recursos mais valiosos do patrimônio dos grupos sociais pois constituía uma das chaves de sua subsistência e propagação.⁴²⁴ “Assim todas as sociedades realizavam transações econômicas de algum tipo em razão do casamento, seja para auxiliar às necessidades de manutenção da futura esposa por parte do grupo receptor ou seja, ao contrário, para compensar o grupo dador pelo prejuízo que se produzia com a sua partida.”⁴²⁵

Jean CARBONNIER também se refere a este aspecto, especialmente quando analisa o aspecto da formação do vínculo. Segundo ele, na França, no momento histórico compreendido entre a III República e Luis XIV, se conheceu

⁴²² Pietro PERLINGIERI, em comentário ao sentido do Código Civil italiano de 1865, afirma que este “caracteriza-se especialmente por colocar no centro do ordenamento a propriedade privada, sobretudo a propriedade imobiliária da terra: na manutenção e no incremento desta, é predominantemente inspirada a disciplina da família e das sucessões *causa mortis*; e os contratos são disciplinados como modo de aquisição da propriedade privada.” (PERLINGIERI, **Perfis**, p. 04.)

⁴²³ CAPELLA, op. cit., p. 85.

⁴²⁴ FLAQUER, op. cit., p. 13-4.

⁴²⁵ FLAQUER, op. cit., p. 14. Em idioma original: “Así, todas las sociedades efectuaban transacciones económicas de algún tipo con motivo del matrimonio, ya sea para subvenir a las necesidades de la manutención de la futura esposa por parte del grupo receptor o ya sea, al contrario, para compensar al grupo dador por el menoscabo que se infería con su marcha.”

somente o casamento por razão,⁴²⁶ que "era um assunto que se negociava entre duas famílias."⁴²⁷

Observa-se um sentido de formação de aliança política fundada na busca de poder, que também é destacado por Carmem Lúcia Silveira RAMOS. Explica ela que casar implicava estabelecer "alianças no campo político, social e patrimonial, envolvendo verdadeiros arranjos de paz",⁴²⁸ sentido que remonta à Roma e se estende à Idade Média. Tal procura só interessava a quem o tinha e desejava conservá-lo ou fortalecê-lo. "Neste quadro, ligado o matrimônio à idéia de poder e dinheiro, as relações familiares entre os pobres tendiam à informalidade. Portanto, a rejeição do concubinato manteve-se vinculada à discriminação social sofrida pelos excluídos."⁴²⁹

Tratou-se, durante um largo espaço de tempo, de um laço religioso.⁴³⁰ Esta esfera da vida privada esteve, durante um significativo período⁴³¹ aos cuidados exclusivos da Igreja Católica. Coube ao Direito Canônico estruturar a família, e o fez estruturando o casamento como um sacramento.⁴³² Deu-lhe os contornos gerais, os

⁴²⁶ A análise de CARBONNIER se limita a examinar o elemento propulsor da formação do vínculo conjugal, donde conclui que dois são os modelos de casamento existentes: o de razão, explicitado no corpo do texto e que já tem um sentido histórico, e o de amor, que seria o modelo contemporâneo. (**Flexible**, p. 202).

⁴²⁷ CARBONNIER, **Flexible**, p. 202. Em idioma original, "était un affaire qui se négociait entre deux familles."

⁴²⁸ RAMOS, **Famílias**, p. 62. A aliança tem um significado simbólico que não pode ser ignorado, tanto é que usá-la implica em comunicar ao outro, silenciosamente, a existência de um compromisso pessoal.

⁴²⁹ RAMOS, **Famílias**, p. 62.

⁴³⁰ Segundo John GILISSEN, "O cristianismo exerceu uma influência enorme sobre a evolução do casamento e do divórcio, influência que ainda se faz sentir no direito actual." (op. cit., p. 567)

⁴³¹ John GILISSEN pontua que entre os séculos V e IX, na Europa Ocidental, três concepções de casamento tiveram espaço, provenientes do direito romano, do direito germânico e do direito canônico. "As concepções romana e germânica, que coexistiram durante algum tempo em virtude do princípio da personalidade dos direitos, fundiram-se no direito canônico por volta dos séculos VIII e IX. Casamento e divórcio continuam a ser regidos pelo direito da igreja até ao séc. XVI e, em muita regiões, mesmo até aos sécs. XVIII e XIX." (op. cit., p. 564)

⁴³² Conforme explica Caio Mário da Silva PEREIRA, "O Cristianismo elevou o casamento à dignidade de um sacramento, pelo qual um homem e uma mulher selam a sua união sob as bênçãos do céu, transformando-se numa só entidade física e espiritual (*caro una*, uma só carne) e de maneira indissolúvel (*quos Deus coniunxit, homo non separet*)." (op. cit., p. 32).

requisitos, o conteúdo, os efeitos, de modo que o que podia ser uma simples união entre um homem e uma mulher conviver e ter filhos, deixou de sê-lo.

Esta regulamentação, que incidia diretamente na esfera privada, fazia parte de um conjunto de procedimentos de controle que a Igreja Católica exerceu na Idade Média,⁴³³ uma das formas de consolidar e conservar o espaço do poder divino na sociedade de então.

A hegemonia da Igreja Católica, nesta esfera, sofreu um baque com a Reforma Protestante. Dentre os vários aspectos atacados por Martin Lutero,⁴³⁴ a afirmação de que o casamento não era um sacramento, mas um contrato secular foi um significativo passo em direção à sua laicização.

Fundado nesta perspectiva, o Estado Moderno,⁴³⁵ mais adiante, teve argumentos para chamar a si o poder de celebrar casamentos, fortalecendo o poder temporal estatal, consolidando a divisão entre a Igreja e o Estado e dando bases para o modelo jurídico de família que iria ter existência no sistema do Século XVIII ao XX e, no Brasil, de 1916 a 1988.⁴³⁶

Esta secularização acabou dando ao Estado Moderno fundamentos para a estruturação racional dos institutos jurídicos. Entretanto, o sentido de família juridicizado passou quase ao largo deste processo de construção de conteúdo na

⁴³³ Aqui um aspecto de controle relevante para a dimensão familiar é a lista de interdições de cunho sexual apresentada pela Igreja Católica, cuja violação resulta em imposição de penitência, cujo auge se dá, na Europa Ocidental, nos Séculos XVIII e XIX. "A repressão culmina depois do Concílio de Trento que proíbe pela primeira vez todas as práticas pré-nupciais, das carícias (preliminares) à exploração (penetração), e define que as relações amorosas têm como única finalidade a fecundação. (...) Os confessores entregam-se a interrogatórios minuciosos: 'Ninguém do mesmo sexo? E do outro sexo? Chegou à satisfação completa? Tentou fazer como as pessoas casadas?'" (BANTMAN, Béatrice. **Breve história do sexo**. Lisboa : Terramar, 1998. p. 24.)

⁴³⁴ Em 1517, Martinho Lutero afixou nas portas da Catedral de Wittenberg suas 95 Teses, nas quais tecia pesadas críticas às práticas comuns da Igreja daquela época, dentre as quais a venda de indulgências. E em 1530, torna público um manifesto contra a doutrina canônica clássica, o Von Ehesachen, ou Do Casamento. (GILISSEN, op. cit., p. 573.)

⁴³⁵ "A evolução do direito da família - explica John GILISSEN -, do séc. XI ao XIX, inscreve-se num enfraquecimento constante dos direitos e deveres da família em sentido restrito. À medida que o Estado se consolida e consegue assegurar a ordem pública, a solidariedade familiar desfaz-se e torna-se inútil. Quando a autoridade se desenvolve, a solidariedade diminui." (op. cit., p. 564)

⁴³⁶ Esta afirmação só é válida na medida em que se tem a Constituição Federal de 1988 como marco legal de uma família estruturada em torno de seus sujeitos e não do grupo familiar ou do patrimônio. Todavia, o que se observa no Código Civil brasileiro de 2002 é um modelo legal que pode ser denominado misto, nos quais os princípios expressos pela Constituição Federal foram contemplados mas houve a manutenção das linhas gerais do Código de 1916.

medida em que "os princípios consagrados pelo cristianismo fundamentaram o tratamento dado à família e ao casamento nos sistemas jurídicos ocidentais, de tal modo que toda a organização do direito burguês, a despeito de sua propalada secularização, sofreu influência direta da moral cristã".⁴³⁷

Capacidade, legitimidade, impedimentos matrimoniais, celebração, indissolubilidade de vínculo foram alguns dos elementos que desenharam o casamento como um contrato secularizado,⁴³⁸ consistindo no modo exclusivo de constituição de família,⁴³⁹ e que teve no Código Civil francês de 1804 seu principal veículo de difusão.

A tutela privilegiada aos vínculos jurídicos e às relações típicas informam que o modelo de família recepcionado pelo Direito refletia o sentido de completude e abstração do sistema na medida em que não reconhecia largos espaços de movimentação aos seus integrantes.⁴⁴⁰

O conteúdo propriamente dito da relação conjugal, em especial seus aspectos pessoais, no Brasil foram descritos pelo Código Civil brasileiro de 1916, e em parte, mantidos pelo Código Civil brasileiro de 2002, desenhando uma relação jurídica típica, enclausurada nos termos legais. Os cônjuges conheciam, de antemão, todos os seus papéis. A família era um dado, uma realidade jurídica ricamente detalhada pela lei, que, desta forma, procurava assegurar sua continuidade.

Para tanto, se estabeleceu que, no plano dos direitos e deveres recíprocos, o descumprimento de um deles e a prova judicial de sua ocorrência poderiam levar à ruptura judicial da comunhão de vida, com a atribuição a um, ou a ambos os

⁴³⁷ RAMOS, **Famílias**, p. 63.

⁴³⁸ GOMES, **Direito de Família**, p. 41; GILISSEN, p. 575 e seguintes.

⁴³⁹ Observa-se aqui um reflexo do processo de padronização que caracterizou a formação da sociedade moderna, conforme as reflexões de Norbert ELIAS, op. cit., e sobre o qual já foram tecidas considerações no segundo capítulo. Se a opção era formar família que tivesse reconhecimento jurídico, o único modo era o casamento o que provocou a automática exclusão de outras formas que porventura pudessem ser escolhidas, como no caso da união extramatrimonial.

⁴⁴⁰ Neste sentido cabe a reflexão realizada por Pietro PERLINGIERI: "O conjunto de valores, de bens, de interesses que o ordenamento jurídico considera e privilegia, e mesmo a sua hierarquia, traduzem o tipo de ordenamento com o qual se opera." (**Perfis**, p. 05) Naquele momento histórico, o ordenamento era um mecanismo de conservação da clausura do sistema jurídico.

cônjuges, da culpa pelo desquite. Como consequência, sobre o cônjuge culpado incidiria uma série de efeitos pessoais e patrimoniais.

Além disso, até 1977, ambos ficariam condenados a não mais poder constituir outra família em razão da indissolubilidade do vínculo matrimonial válido. Uma vez casados, o momento da celebração se perpetuava como que numa fotografia, cuja imagem imobilizada dos noivos, já cônjuges, não pudesse se alterar jamais, dando à popular expressão até que a morte os separe,⁴⁴¹ um sentido de verdade quase inquestionável.⁴⁴² E, observa-se, não se tratava da morte do amor...

É como se a imagem daquela fotografia não pudesse sofrer alterações a partir do momento em que os cônjuges tirassem os trajes de festa e vestissem as roupas do cotidiano para dar continuidade ao seu projeto familiar, cuja existência jurídica iniciava no casamento. O matrimônio, desta forma, era o passaporte de ingresso à esfera jurídica de todas as relações familiares, conjugais ou paterno-filiais.⁴⁴³

A técnica empregada pelo sistema jurídico para garantir sua manutenção e a segurança jurídica que ele buscava revelou-se cruel com as pessoas que ingressaram numa relação conjugal que, porventura, não desse certo, e com os filhos que, sem serem ouvidos, nascessem fora de uma relação conjugal. O que o sistema visava proteger prioritariamente, o patrimônio, cobrou um alto preço daqueles que não cabiam nos modelos de relação jurídica de família desenhados pelo Código: o desabrigo da lei.

⁴⁴¹ Tal expressão popular faz lembrar de outra, de cunho religioso: O que Deus uniu o homem não separe...

⁴⁴² A única possibilidade era a declaração de nulidade, que incidia sobre o vínculo, anulando-o em razão de violação de impedimento ou erro sobre a pessoa, mas não rompendo o vínculo e sim atingindo sua formação. Vínculo válido era vitalício.

⁴⁴³ Os filhos eram os legítimos, se nascidos na constância do casamento dos pais em razão da incidência da presunção *pater is est*, ou legitimados, o que ocorria diante do casamento posterior dos pais de modo a colocar fim à ilegitimidade. A tutela de tais relações, até 1988, esteve vinculada ao tipo de relacionamento dos pais, tanto na constituição como no conteúdo da relação.

2 RELAÇÃO JURÍDICA, CONJUGAL?

Observando uma das noções construtivas do sistema jurídico,⁴⁴⁴ o sentido de família foi envolto pelo manto da relação jurídica, estrutura fundamental sobre a qual assentam as relações do quotidiano contempladas pelo ordenamento. O Código Civil de 1916 apresentou uma estrutura marcada pela formalidade, por regras especiais para a capacidade e a legitimidade nupcial e pela descrição de seu conteúdo. Tratava-se, sem sombra de dúvidas, de uma relação jurídica típica.⁴⁴⁵

A relação jurídica é uma categoria histórica. Ganha espaço no sistema jurídico por obra da Escola das Pandectas,⁴⁴⁶ é sistematizada na parte geral do BGB e ingressa como conceito central, ocupando o lugar das pessoas, tema central nos Códigos Latinos.⁴⁴⁷

Opera-se com isto uma abstração e uma generalidade onde foi possível afirmar a igualdade formal de sujeitos diferentes a partir do momento em que eles, submetidos ao mesmo ordenamento jurídico,⁴⁴⁸ ingressavam numa relação jurídica típica, com estrutura e conteúdo por ele contemplados.

A descrição de um modelo de relação que pudesse atender a todas as relações serve de sustentáculo para afirmar a completude do sistema, que só reconhecia como jurídica aquela que se adequasse ao modelo geral, atendidas todas as peculiaridades que porventura existissem.⁴⁴⁹

⁴⁴⁴ Como explica Luiz Edson FACHIN, dentre as noções constitutivas do sistema jurídico "encontra-se a relação jurídica, tema que perpassa os três pilares fundamentais, pois, os elementos que compõem a estrutura da relação jurídica estão, em maior ou menor grau, espelhados em todas as circunstâncias as quais o Direito Civil pretende ou deseja regular." (**Teoria**, p. 105)

⁴⁴⁵ Tais são dois dos exemplos de relação jurídica citados por Francisco AMARAL: a matrimonial e a de parentesco. (**Direito**, p. 152)

⁴⁴⁶ GOMES, **Introdução**, p. 93; AMARAL, **Direito**, p. 153. A Escola das Pandectas, também denominada de Jurisprudência dos Conceitos, tem por base espacial a Alemanha, no século XIX. As linhas gerais de sua teoria foram alicerçadas no formalismo, na neutralidade do Direito e do Estado, na estruturação de institutos e conceitos e se fizeram presentes no BGB. (HESPANHA, op. cit., p. 187.

⁴⁴⁷ GOMES, **Introdução**, p. 93.

⁴⁴⁸ BARCELLONA, **Formazione**, p. 17.

⁴⁴⁹ O sentido formal, abstrato e patrimonial do sentido de relação jurídica, mais especialmente no de negócio jurídico, é ressaltado por Eliseu FIGUEIRA: " (...) no plano jurídico, mediante esta técnica de abstracção, elevada ao máximo de generalização, realiza-se a igualdade

Os sujeitos foram contemplados na medida em que dela participavam como um de seus elementos estruturais,⁴⁵⁰ exteriorizando sua vontade e com ela produzindo efeitos previstos em lei.

A relação jurídica, nestes termos, traduz "um conceito representativo da idéia de ligação entre vontades autônomas e diversas, e que por isso mesmo se coloca no centro do sistema de direito civil, numa perspectiva individual: a vontade do sujeito como fundamento do individualismo jurídico."⁴⁵¹

Além do individualismo, que justificava o poder jurídico da vontade dos particulares, também informaram seu sentido o liberalismo, no plano político, e o capitalismo, no plano econômico.⁴⁵² O reflexo disso pode ser sentido em toda a disciplina jurídica do Direito Privado: dá-se poder ao particular para, dentro das relações descritas pelo ordenamento, escolher aquela que irá qualificar sua vontade como jurídica. Isso informado pelo conteúdo predominantemente patrimonial das relações.

A posição que o sujeito ocupa localiza-se na estrutura da relação jurídica, como um de seus elementos,⁴⁵³ ao lado do objeto e do vínculo inter-subjetivo que representa seu conteúdo propriamente dito.⁴⁵⁴

Já o conteúdo da relação jurídica⁴⁵⁵ "representa o comportamento jurídico das pessoas que intervêm na relação, o qual se traduz em situações de poder (ativas) e de dever (passivas)",⁴⁵⁶ e implica a direção legal das condutas dos

formal dos *sujeitos de direito* apesar da real desigualdade dos *sujeitos económicos*. Na categoria do *negócio jurídico* (contrato) cabe todo o indivíduo, independentemente das suas qualidades económicas, políticas e sociais. A este nível de abstracção as normas têm por destinatário qualquer indivíduo, daí que perante a lei todos sejam livres, iguais e proprietários." (op. cit., p. 72.)

⁴⁵⁰ AMARAL, **Direito**, p. 205.

⁴⁵¹ AMARAL, **Direito**, p. 157.

⁴⁵² AMARAL, **Direito**, p. 157.

⁴⁵³ AMARAL, **Direito**, p. 205.

⁴⁵⁴ AMARAL, **Direito**, p. 162.

⁴⁵⁵ Ou sua estrutura interna para Manoel Antônio Domingues de ANDRADE, (ANDRADE, Manoel Antônio Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica** : Sujeitos e objecto. Coimbra : Almedina, 1992. v. 1. p. 06) e simplesmente estrutura para Carlos Alberto da Mota PINTO, (PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3 ed. actual. Coimbra : Coimbra, 1994. p. 168.)

⁴⁵⁶ AMARAL, **Direito**, p. 163.

sujeitos, estabelecidas conforme o que a relação típica contém, o seu núcleo central.⁴⁵⁷

Vale dizer, a essência da relação reside em seu conteúdo, nos comportamentos descritos, e os elementos estruturais, indiscutivelmente necessários, "são de algum modo exteriores" a ela.⁴⁵⁸ Quem faz tal observação é Manoel Antônio Domingues de ANDRADE,⁴⁵⁹ para quem "o centro ou núcleo da relação é o enlace, o vínculo, o nexo que mediante ela se estabelece entre os respectivos sujeitos."⁴⁶⁰ Estes, "com efeito, não estão no centro da relação, no seu núcleo, mas nas suas extremidades ou, por outras palavras, no lado exterior delas."⁴⁶¹

A participação dos sujeitos em um de seus pólos está condicionada à conjugação da capacidade⁴⁶² à legitimidade,⁴⁶³ que juntas compõem um regime de legitimidades,⁴⁶⁴ conforme explica Luiz Edson FACHIN, de modo que a junção de ambas permite afirmar se os sujeitos daquela relação específica atendem aos pressupostos do sistema para receber sua tutela.

⁴⁵⁷ ANDRADE, op. cit., p. 06.

⁴⁵⁸ ANDRADE, op. cit., p. 06.

⁴⁵⁹ ANDRADE, op. cit., p. 06. Carlos Alberto da Mota PINTO também afirma neste sentido, p. 168.

⁴⁶⁰ ANDRADE, op. cit., p. 06.

⁴⁶¹ ANDRADE, op. cit., p. 06.

⁴⁶² A capacidade é compreendida como a medida em que a personalidade, vale dizer, a aptidão para ser titular de direitos e obrigações existe e pode ser concretizada pessoalmente ou por meio de representante, legal ou voluntário. Duas são as formas: capacidade jurídica ou de gozo e capacidade de exercício ou de agir, nos termos apontados por Carlos Alberto da Mota PINTO, op. cit., p. 192. A capacidade toma em conta o sujeito por si próprio, independentemente da posição que ele ocupa na relação propriamente dita.

⁴⁶³ A legitimidade, conforme explica Luiz Edson FACHIN, remete aos papéis que o sistema jurídico defere em abstrato às pessoas e toma em consideração a posição do sujeito em relação ao outro, ou outros, que participam daquela relação jurídica. Sua existência ou inexistência, no caso de uma ilegitimidade, depende de como o sistema jurídico tratou a situação, de modo que o exame é feito na situação concreta. Observa-se isto, por exemplo, quando o Código Civil brasileiro relaciona uma série de impedimentos matrimoniais que incidem sobre as pessoas em relação, independentemente da existência de capacidade dos nubentes. (FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. In.: **Jurisprudência brasileira**. Curitiba : Juruá, 1994. v. 172. p. 45-50. p. 48.)

⁴⁶⁴ Esta expressão é empregada por Luiz Edson FACHIN para tecer considerações acerca do papel atribuído à legitimidade no sistema jurídico. Limites, p. 47.

Em razão disto, ambos passam a ser titulares de um feixe de direitos e deveres decorrentes da posição em que se encontram naquele momento, bem como de atribuições relativas aos papéis que desempenham naquela relação.⁴⁶⁵

O estabelecimento desta titularidade se dá pela ocupação de uma das posições previamente descritas para a relação, compreendida como "a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante atribuição a uma pessoa de um direito subjetivo e a imposição a outra de um dever jurídico ou de uma sujeição."⁴⁶⁶

Francisco AMARAL apresenta um conceito diverso quando afirma que se trata do "vínculo que o direito estabelece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes poderes e deveres. Representa uma situação em que duas ou mais pessoas se encontram, a respeito de bens ou interesses jurídicos."⁴⁶⁷ Neste sentido, o "poder jurídico existe quando a norma jurídica atribui a uma pessoa a possibilidade de ela exigir, por um ato de sua vontade, determinado comportamento de outra ou, outras pessoas, ou a de impor certas conseqüências."⁴⁶⁸

Um efeito que se pode visualizar na forma de tratamento dos sujeitos e de suas titularidades remete a um dos atributos apontados por Orlando GOMES, a bilateralidade.⁴⁶⁹ Trata-se da "correlação entre direito e dever, exprimindo-se na proposição de que ao direito de alguém corresponde o dever de outrem."⁴⁷⁰

⁴⁶⁵ Nunca é excessivo lembrar que, na relação conjugal, o matrimônio enquanto negócio jurídico de direito de família, traz como conteúdo um conjunto de deveres recíprocos, afirmados cogentes pela doutrina, que permitem visualizar, sob tal perspectiva, o casamento como uma relação jurídica nos moldes mais tradicionais. Sobre isto será feita uma reflexão mais profunda adiante.

⁴⁶⁶ MOTA PINTO, op. cit., p. 167. Por direito subjetivo *latu sensu* se entenda "o poder jurídico (reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa) de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) ou de por um acto livre de vontade, só de per si ou integrado por um acto de uma autoridade pública, produzir determinados efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõem a outra pessoa (contraparte ou adversário)." Seu conteúdo contempla o direito subjetivo *strictu sensu* quando trata do poder jurídico de exigir ou pretender de outrem um comportamento e o direito potestativo na medida em que reconhece e garante a possibilidade de produção de efeitos que inevitavelmente se imporão à outra pessoa. (MOTA PINTO, op. cit., p. 169.)

⁴⁶⁷ AMARAL, **Direito**, p. 151.

⁴⁶⁸ AMARAL, **Direito**, p. 163.

⁴⁶⁹ GOMES, **Introdução**, p. 94. Não se pode confundir bilateralidade ou alteridade, como atributo da relação jurídica, com relação jurídica bilateral.

⁴⁷⁰ O outro atributo é a reciprocidade, que "significa que ninguém pode agir em relação a outrem sem dar lugar a este para ter, a seu respeito, comportamento análogo." (GOMES, **Introdução**, p. 94.)

Este atributo gera uma relação de sujeição, "que se manifesta ordinariamente sob a forma de *obrigação*"⁴⁷¹ que é "por outras palavras, o modo pelo qual se verifica a subordinação jurídica de uma pessoa a outra no campo das relações pessoais."⁴⁷²

Tal senso de subordinação permite ao titular ativo exigir do outro um comportamento - que no plano das obrigações se traduz em dar, fazer ou não fazer - que será passível de especificação numa relação concreta.

A estrutura e o conteúdo dizem, de forma geral, como fazer e o que fazer, traçando as linhas diretivas para a concretização de qualquer relação, constituindo-se "em categoria básica para a explicação do fenómeno jurídico."⁴⁷³ No Direito Civil, "traduz a regulamentação jurídica (aspecto formal) do comportamento dos indivíduos (aspecto material) no seu dia a dia, na disciplina de seus interesses, estabelecendo situações ativas (poderes) e situações passivas (deveres)."⁴⁷⁴

Parte-se de uma relação jurídica para estabelecer, no que se refere ao sujeito, que requisitos deverão ser cumpridos e que qualidades deverão eles ter para que possam ser partes, além de que conteúdo a relação terá. Este é o pano de fundo para o desenvolvimento das relações obrigacionais, reais e familiares que tiveram espaço no sistema jurídico desde sua estruturação.

O sentido puro da relação tem uma afinidade marcante com o contrato. Tome-se um, tradicional, e coloque-se por sobre a estrutura da relação jurídica que ele caberá comodamente. Isto faz crer que a relação jurídica foi estruturada inicialmente para dar conta desta figura, informada pela razão dominante, a burguesa, e pautada no trânsito jurídico. A vontade de ingressar em uma das posições é indispensável e, por conta da mesma vontade, a possibilidade de estabelecer um conteúdo específico - comprar, vender, locar - se observado o molde geral.⁴⁷⁵

⁴⁷¹ GOMES, *Introdução*, p. 98. Grifo no original.

⁴⁷² GOMES, *Introdução*, p. 98.

⁴⁷³ AMARAL, *Introdução*, p. 160.

⁴⁷⁴ AMARAL, *Introdução*, p. 160-1.

⁴⁷⁵ Nas relações jurídicas de direito real, a teoria personalista da relação jurídica criou um mecanismo para sustentar a existência de dois sujeitos: muito embora o sujeito passivo seja

Na esfera familiar, o molde contratual foi empregado para conformar relações pessoais e patrimoniais, indistintamente. Para dar conta em especial da dimensão pessoal, algumas estratégias teóricas foram elaboradas de modo que se aventou a funcionalização dos direitos pessoais de família,⁴⁷⁶ bem como a afirmação destes como "verdadeiros direitos subjetivos."⁴⁷⁷

Observa-se, com isto, que o modelo teórico de relação jurídica não chegou a atender plena e facilmente as relações de família juridicizadas, mas foi, de certo modo, suficiente enquanto o próprio sentido de relação era um dos centros do sistema, e a partir delas as relações sociais recebiam *status* jurídico.

Entretanto, trata-se este de um momento histórico em que o sistema jurídico, estruturado no correr de pelo menos cinco séculos passados, já não mais atende a todos os aspectos da vida real, se é que em algum momento chegou a atender. Fala-se em crise.⁴⁷⁸

Nessa perspectiva, o sentido amplo de relação jurídica abarca, com seu conteúdo generalizante, todas as relações da vida que sejam relevantes ao Direito.⁴⁷⁹ Na medida em que aponta as relações típicas, especifica o mecanismo de

indeterminado, "como não se admite a relação entre pessoa e coisa, criou-se o denominado sujeito passivo universal; eis um modo de explicar que a relação jurídica é dada entre pessoas." (FACHIN, **Teoria**, p. 109.)

⁴⁷⁶ A funcionalização dos direitos pessoais de família como corrente teórica ganha força após a Segunda Guerra Mundial e assenta na afirmação de que tais direitos, especialmente "o pátrio poder, seriam poderes em que a utilidade do exercício seria toda alheia, não existindo pois para o titular do direito nenhuma utilidade própria. (...) só a noção de função do direito permite adequada compreensão da natureza dos direitos pessoais de família, insuscetíveis de adequada compreensão se utilizada apenas a análise estrutural." (OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 29.)

⁴⁷⁷ OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 31. Afirmam os autores que "O que há de peculiar, portanto, na relação jurídica familiar, é que direitos subjetivos são exercidos e deveres jurídicos são cumpridos através de uma mesma ação do titular do direito e do dever. (...) É por isso que, na relação jurídica familiar, não podem ser pensados de modo separado os direitos e os deveres." (OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 33)

⁴⁷⁸ Esta provocação pode ser encontrada em Eliseu FIGUEIRA, nas primeiras linhas de sua obra, quando ele afirma que "Quando se fala em *crise do direito* isso quer significar, não o enfraquecimento do ordenamento normativo como operador na solução dos conflitos, sintoma de uma sociedade onde a espontaneidade harmônica dos comportamentos se traduza na realização utópica de uma sociedade sem direito, mas pelo contrário significa o encerramento de um ciclo histórico para o qual o homem, no seu poder criativo, forjou um sistema jurídico adequado ao funcionamento da sociedade onde uma classe ascendente de comerciantes e pequenos industriais se opusera a um regime de classes privilegiadas, reclamando liberdade e igualdade de direitos." (op. cit., p. 17)

⁴⁷⁹ Conforme ANDRADE, op. cit., p. 06.

ingresso na esfera jurídica produzindo um corte na realidade,⁴⁸⁰ apontando para a existência de dois mundos, o jurídico e o real.⁴⁸¹ Neste vivem todos; naquele só os sujeitos de direito que preenchem o modelo abstrato legal.⁴⁸²

Observa-se que, no plano da relação jurídica, a conjugalidade adquire uma feição única, com seu conteúdo sendo expressado pela lei via estabelecimento de deveres, que violados podem ensejar separação fundada na culpa.⁴⁸³ Sob esta visão, tem-se a manutenção do sentido de relação jurídica conjugal em que as partes, no caso os cônjuges, podem exercer o conteúdo de suas titularidades com amplo respaldo legal, que, desenhado pelo sistema no Código Civil brasileiro de 1916, torna-se passível de questionamento quando a Constituição Federal de 1988 afirma a dignidade como princípio estruturante. O sentido de conflito, de contraposição que informa a noção clássica de relação jurídica se faz presente no modo pelo qual o conteúdo do casamento foi tratado pela codificação e, de certa forma, se sustenta na medida em que se observa a repetição de suas linhas gerais no novo texto codificado.

Desta forma, é relevante ao menos refletir sobre a pertinência da conservação da expressão relação jurídica conjugal com o sentido tradicional que decorre da carga histórica que ela apresenta, bem como do conteúdo que ela revela ainda existente no ordenamento jurídico. Não se pode, contudo, ignorar que outras perspectivas de análise já foram levantadas, como, por exemplo, aquela pontuada por Pietro PERLINGIERI que afirma a existência de um sentido de relação de família abstratamente não conflitual, posto que podem existir "situações que tutelam o

⁴⁸⁰ FACHIN, **Teoria**, p. 106-7.

⁴⁸¹ É possível visualizar uma separação entre norma e verdade, que reflete a contradição entre "técnica e vida, entre a abstração autosuficiente da técnica e a demanda de sentido para com os problemas da vida e para a sua relação com o mundo." ("técnica y vida, entre la abstracción autosuficiente de la técnica y la demanda de sentido para los problemas de la vida y para la relación con el mundo.")(BARCELONA, **El individualismo**, p. 30.)

⁴⁸² Nestes termos, "a norma jurídica resta servindo de instrumento para dedicar capítulos inferiores a sujeitos naturais que não passam ao estatuto de efetivos sujeitos de direito. Esse regime de exclusão se funda num assento tripartite que une sexo, sangue e família, e propicia que as formulações jurídicas privadas modelem as relações de direitos sob um padrão social de interesses dominantes." (FACHIN, **Elementos**, p. 16.)

⁴⁸³ Estes aspectos serão objeto de reflexão mais profunda em momento oportuno, mas, propositadamente, apenas eles são ressaltados neste ponto do trabalho posto que sua existência é suficiente para apontar que o sentido de relação jurídica conjugal não se alterou tanto assim com o texto constitucional.

mesmo interesse e que quando muito podem divergir na sua interpretação, sem se colocar em aberto conflito".⁴⁸⁴

O que se observa, necessariamente, é que, embora a Constituição Federal tenha efetivamente moldado outro sentido jurídico de família, as linhas gerais de tratamento, de base codificada, foram mantidas e acabam conduzindo também à manutenção de parte de seu caráter instrumental anteriormente destacado, em ofensa direta à orientação constitucional. Exatamente acerca desta perspectiva que se faz necessário se debruçar alguns instantes.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE FAMÍLIA

Em 1988, a promulgação da Constituição Federal acabou significando um divisor de águas para o tratamento jurídico da família ao eleger a dignidade da pessoa humana como princípio da República e do sistema jurídico como um todo.⁴⁸⁵

Com esta reordenação de valores, os protagonistas de uma cena jurídica de família previamente desenhada pelo código ganharam destaque em relação ao pano de fundo. Com liberdade para se movimentar num cenário mais amplo e mais 'limpo', mas preparado juridicamente para recebê-los e reconhecer neles mais do que atores, passaram a ser verdadeiros redatores dos próprios papéis familiares, com o texto orientado pelos princípios constitucionais.⁴⁸⁶

Uma vez eleita a dignidade como princípio norteador do sistema, coloca-se a pessoa como principal fim de proteção e o desenvolvimento de sua personalidade como objetivo primordial, que se espraia pelo sistema jurídico, vinculando o ordenamento como um todo. Como assevera Pietro PERLINGIERI, "A pessoa como

⁴⁸⁴ PERLINGIERI, **Perfis**, p. 252.

⁴⁸⁵ Como pontua Eliseu FIGUEIRA, com a nova postura adotada pelo texto constitucional "inverte-se a ideologia jusnaturalista e estruturalista para se conferir à propriedade privada e à família a natureza de *mediações*, a partir de um projecto social que tem por objectivo a realização de uma igualdade substancial; para tanto, a pessoa como valor torna-se o centro de convergência das actividades práticas e aquelas referidas instituições são consideradas os lugares onde, nesta fase histórica de transição, se processa o desenvolvimento da igualdade e da libertação dos indivíduos." (op. cit., p. 230. Grifo no original.)

⁴⁸⁶ Para mais detalhes sobre estas cenas mencionadas, ver CARBONERA, **Guarda**, primeiro capítulo.

valor, isto é, a personalidade, constitui a parte que caracteriza o ordenamento jurídico de modo a garantir-lhe a unicidade.”⁴⁸⁷

A tutela da dignidade, mediante o processo de densificação descrito por CANOTILHO,⁴⁸⁸ se espalha pelo texto constitucional e por todo o ordenamento jurídico, de modo que, a partir deste princípio fundante outros, mais específicos, irão orientar a interpretação e a aplicação da norma/do Direito às situações concretas.

No âmbito das relações de família, modificações significativas redesenharam o modelo jurídico singular de família prescrito pelo Código Civil de 1916, dando origem a um modelo plural, segundo o qual a possibilidade de escolha de modo de formação de família ocupou o espaço exclusivo do matrimônio. Entretanto, uma marca decorrente da exclusividade já havia se tornado profunda na medida em que o exame jurídico das relações de família habitualmente é feito a partir de seu modo de sua constituição, qualquer que seja ele, de forma a condicionar seu conteúdo, efeitos e características.

Ao lado do casamento, a união estável e a monoparentalidade foram reconhecidas constitucionalmente como formadoras de família,⁴⁸⁹ deixando o limbo para ingressar na esfera jurídica de forma incontestes.

Com o reconhecimento da pluralidade, reflexo da garantia da liberdade de escolha atribuída aos indivíduos, família e casamento passaram a ser realidades distintas,⁴⁹⁰ de modo que a tutela à filiação deixa de decorrer do tipo de vínculo existente entre os genitores para se concentrar na existência do vínculo paterno-filial, na parentalidade. O "sustento, guarda e educação dos filhos"⁴⁹¹ deixa de ser obrigação dos cônjuges e companheiros para ser obrigação dos pais,

⁴⁸⁷ PERLINGIERI, **La personalità**, p. 11. Em idioma original: "La persona come valore, cioè la personalità, costituisce la parte caratterizzante l'ordinamento giuridico sí de garantirne l'unitarietà."

⁴⁸⁸ Conforme explicitado no capítulo anterior.

⁴⁸⁹ Paulo Luiz Neto LÔBO, em seu texto Entidades, ainda não publicado, afirma que o texto constitucional não descreve as famílias taxativamente, de modo que é possível, e desejável, alargar a interpretação incluindo outras formas de constituição. Luiz Edson FACHIN já apresenta uma interpretação mais ampla ao colocar ao lado do casamento e da união estável a união livre também como formadora de família. (**Elementos**, p. 62).

⁴⁹⁰ COELHO, op. cit., p. 11.

⁴⁹¹ Esta redação pode ser encontrada tanto no Código Civil de 1916 como no de 2001, tanto na parte que trata do casamento como da união estável, como na Lei 9.278/96.

independentemente de sua situação enquanto cônjuge, embora o ordenamento jurídico continue reafirmando tal vinculação.

Para além disso, afirmou-se a igualdade nas relações de família, que na esfera da filiação colocou fim ao estatuto unitário que lhe dava tom no Código Civil de 1916 para reconhecer um estatuto plural em sua origem, unificado em seu tratamento a partir do estabelecimento do vínculo jurídico paterno-filial. Desta sorte, uma vez estabelecida a filiação, o que deve nortear tal relação são os princípios da igualdade, no que tange à existência de outros filhos, e do maior interesse da criança, quando é considerada como uma personalidade em formação.⁴⁹²

Na perspectiva da relação conjugal, matrimonializada ou não, a igualdade entre os cônjuges colocou fim à hierarquia e à predeterminação dos papéis conjugais, reconhecendo flexibilidade no desempenho das atribuições atinentes à família o que, numa certa medida, democratizou tal espaço.

Entretanto, a igualdade não alcançou a conjugalidade, de modo que a visão condicionante anteriormente apontada se faz sentir e estabelece um conteúdo pessoal para o casamento e outro para a união estável, desconsiderando que tanto num como noutro os cônjuges encontram-se em situação idêntica, vale dizer, em uma vida conjugal.

A ruptura objetiva do vínculo conjugal, que compunha o texto constitucional anterior,⁴⁹³ foi reforçada na medida em que não limita o número de divórcios possíveis e reduz para dois os anos de ruptura necessários para um divórcio direto, facilitando-o e, concomitantemente, enfraquecendo o modelo da ruptura subjetiva. Valoriza-se, com isto, a liberdade de os cônjuges buscarem sua realização e felicidade numa relação conjugal quantas vezes forem necessárias para alcançar seus objetivos.

A solidariedade familiar pode ser detectada nas relações contempladas pela Constituição Federal na medida em que determina a assistência, em seu mais amplo

⁴⁹² Nestes termos, afirma Heloisa Helena BARBOSA que as relações envolvendo crianças e adolescentes, pessoas em desenvolvimento, devem ter sua disciplina jurídica edificada sobre "três pilares constitucionalmente fixados: "plena igualdade entre os filhos, desvinculação do estado de filho do estado civil dos pais e doutrina da proteção integral." (BARBOSA, Heloisa Helena. Considerações sobre a disciplina da filiação no projeto do código civil (Projeto de Lei da Câmara n.º 118, de 1984). **Revista da Faculdade de Direito**, Rio de Janeiro, n. 5, 1997, p. 41-52, p. 42.)

⁴⁹³ Isto por força da Emenda Constitucional n.º 9 de 1977.

significado, entre pais e filhos, independente da idade de uns e de outros,⁴⁹⁴ bem como reforçando a proteção aos idosos, provinda de origens várias: família, comunidade e Estado.⁴⁹⁵

E o respeito recíproco, indispensável em qualquer relação e princípio orientador das relações de família, pode ser inferido da leitura inversa do dispositivo que determina ao Estado a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito da família,⁴⁹⁶ contra ou provocada por qualquer de seus membros, destacando a situação patológica para indicar o que efetivamente se protege, uma relação em que seus membros observam os limites de uma convivência saudável, pacífica, o mais equilibrada possível e apta a dar condições de desenvolvimento individual. No tocante aos filhos, tem-se isso expresso textualmente na garantia de direitos fundamentais dentre os quais se encontra o respeito.⁴⁹⁷

Todos estes princípios, bem como outros que podem ser inferidos a partir do já exposto processo de densificação, são pontos nos quais se exterioriza e se promove a dignidade, a garantia de respeito à pessoa, compreendida como um valor, fomentando o desenvolvimento pleno de sua personalidade num espaço de relações pessoais construídas quotidianamente pautadas juridicamente em tais princípios.

Observando os princípios orientadores das relações de família e as modificações por eles imprimidas, o respectivo tratamento jurídico exige uma releitura em todas as dimensões, de modo que sua existência possa ser sentida nas relações concretas que quotidianamente se desenvolvem, bem como naquelas que são levadas aos Tribunais. O aspecto que se destaca para tanto, neste momento, são as relações conjugais em seu aspecto pessoal, conteúdo e efeitos, examinados a partir dos dois modos descritos no Texto Constitucional.⁴⁹⁸

⁴⁹⁴ Art. 229, CF

⁴⁹⁵ Art. 230, CF

⁴⁹⁶ Art. 226, § 8º, CF

⁴⁹⁷ Art. 227, *caput*, CF.

⁴⁹⁸ É importante observar que este caminho de leitura pode ser dito tradicional na medida em que parte do vínculo de origem, o que não foi opção da tese.

4 A MATRIMONIALIZAÇÃO E SEUS EFEITOS CODIFICADOS

O casamento, modo exclusivo de constituição de família,⁴⁹⁹ legítima, até 1988, foi estruturado em torno da idéia de relação jurídica em sentido estrito. Sua constituição é cercada de solenidade pois o "matrimônio é ato solene."⁵⁰⁰ Seu ponto de partida reside no processo de habilitação dos nubentes, momento em que são verificadas a aptidão dos nubentes para o matrimônio, tanto no que diz respeito à capacidade como à legitimidade, chegando à cerimônia civil propriamente dita.

A expressão casamento, empregada neste contexto, explicita seu sentido de ato constitutivo da família matrimonializada, que não se confunde com "a relação familiar por ele criada."⁵⁰¹ Constituem, portanto, realidades distintas, embora tenham entre si relação de causa e consequência, sendo a primeira condicionadora da produção de efeitos na segunda.⁵⁰²

O ato que importa em sua constituição passa pelo crivo doutrinário que examina sua natureza jurídica, realçando vários aspectos.⁵⁰³ Dentre as várias

⁴⁹⁹ Este casamento pode ser civil ou religioso com efeitos civis. A forma civil foi consagrada no ordenamento com o Decreto 181, de 24 de janeiro de 1889, retirando qualquer efeito jurídico que a cerimônia religiosa pudesse produzir. Somente em 23 de maio de 1950, com a Lei n.º 1110, é que ficou determinada a equivalência da modalidade religiosa à civil, na medida em que fosse realizada habilitação prévia, ou posterior, nos termos legais.

⁵⁰⁰ Caio Mário da Silva PEREIRA destaca a solenidade como um dos caracteres do casamento posto que, "Ainda quando se despe de toda pompa, não abdica de requisitos formais que o retiram da craveira comum dos contratos em geral, para revesti-lo de um ritual completo." (op. cit., p. 37.).

⁵⁰¹ Tal distinção é destacada por Gustavo TEPEDINO quando do exame da distinção conceitual entre casamento como ato jurídico solene e como relação familiar, que pode ser visualizada numa situação por ele descrita: "Diz-se, por exemplo, que Tício se casou em certo dia do ano, para referir-se a tal solenidade. Ao revés, a afirmação de que Caio está casado há 20 anos alude à entidade familiar por ele constituída, como relação jurídica que engloba o conjunto de efeitos próprios da convivência familiar, a qual, no caso de Caio, tem origem no casamento." (Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In.: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. p. 325-46. p. 338.). Esta distinção também pode ser encontrada em OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 121.

⁵⁰² Conforme pontua Heloísa Helena BARBOSA, cabe "repisar tratar-se de ato formal, a cuja solenidade estão vinculados todos os efeitos." (BARBOSA, Heloísa Helena. Família, casamento, união estável : Conceitos e efeitos à luz da Constituição de 1988. **Revista da Faculdade de Direito**, Rio de Janeiro, v. 1, 1993, p. 123-37. p. 133.) Noutras palavras, na medida em que se opta pelo casamento, os efeitos dele decorrentes, em especial os patrimoniais, incidirão sobre aquela relação.

leituras possíveis, uma delas aponta para um negócio jurídico de direito de família,⁵⁰⁴ "por meio do qual um homem e uma mulher se vinculam através de uma relação jurídica típica, que é a relação matrimonial."⁵⁰⁵ Tal natureza decorre do fato de ser o casamento "um ato de autonomia privada",⁵⁰⁶ compreendida esta como "o poder reconhecido aos particulares de auto-regulamentação dos seus interesses, de auto governo de sua esfera jurídica."⁵⁰⁷

É certo que a esfera das relações jurídicas familiares é regulamentada por um significativo número de normas cogentes. Todavia, "a ordem jurídica reconhece um evidente espaço de liberdade para os cônjuges (...) exercido dentro dos limites constitucionais e legais, que traduzem o modelo social de conduta que a ordem jurídica assume como seu."⁵⁰⁸

Tal liberdade pode ser visualizada na liberdade de casar e, em seu inverso, em não casar; na escolha do cônjuge; na determinação do regime de bens.⁵⁰⁹ Na esfera pessoal, o espaço de liberdade delimitado pelo modelo codificado é restrito na medida em que "a regra geral é a da indisponibilidade, principalmente no que diz respeito aos aspectos essenciais do casamento. Quanto aos outros aspectos do

⁵⁰³ O estabelecimento da natureza jurídica do casamento pode, nas relações pessoais, ser irrelevante na medida em que os efeitos dele diretamente decorrentes independem deste aspecto. Todavia, quando se trata de efeitos que podem ser denominados reflexos/indiretos, a relevância se torna visível, especialmente quando se trata de discutir um tema que pode ser denominado polêmico no plano de uma família informada pelos valores constitucionais, mas com algumas leituras ainda aportadas no plano codificado, como é o caso da responsabilidade civil decorrente de separação ou divórcio, que será objeto de reflexão mais adiante.

⁵⁰⁴ Sobre o tema, aduz Luiz Edson FACHIN que "Se, então, na ótica da gênese, o casamento se apresenta como ato solene pelo qual duas pessoas se unem sob direitos e deveres, o estatuto dessas promessas recíprocas funda-se sobre o ato criador. Esta definição caracteriza o casamento em si mesmo, negócio jurídico bilateral de feição especial, relativamente distante de configuração clássica do contrato." (FACHIN, **Elementos**, p. 105)

⁵⁰⁵ OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 121.

⁵⁰⁶ OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 121.

⁵⁰⁷ E prossegue Carlos Alberto da Mota PINTO, referencial citado por OLIVEIRA e MUNIZ como sentido de autonomia privada: "Significa tal princípio que os particulares podem, no domínio da sua convivência com os outros sujeitos jurídico-privados, estabelecer a ordenação das respectivas relações jurídicas." (op. cit., p. 88.)

⁵⁰⁸ OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 122.

⁵⁰⁹ Exceto no que tange ao regime de separação legal de bens nos casos descritos pelo Código Civil brasileiro de 1916, no artigo 258, parágrafo único, e no Código Civil brasileiro de 2002, no artigo 1641.

conteúdo da relação matrimonial, a tendência das mais recentes reformas de Direito de Família é a de sublinhar a liberdade dos cônjuges."⁵¹⁰

Há, segundo explicam José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ, "um fenômeno de relativização de conteúdos matrimoniais antes tidos como indisponíveis, de tal forma que diminui o campo das normas cogentes no Direito de Família."⁵¹¹

Isto pode ser visualizado nas relações internas de família na medida em que se implanta um modelo de indiferenciação de funções conjugais diante da igualdade constitucional. As transformações que se fizeram sentir no Direito de Família acabaram acentuando "uma concepção de casamento que poderia ser chamada de personalista, ou seja, um casamento a serviço do pleno desenvolvimento das potencialidades da personalidade humana."⁵¹²

É a um tipo de relação conjugal semelhante a esta descrita que François de SINGLY denomina de família relacional e individualista,⁵¹³ concretizada na medida em que se realça a posição do indivíduo enquanto participante de uma relação familiar, colocando em segundo plano o tipo de relação, matrimonializada ou não, na qual ele está inserido.

Outra posição passível de verificação é a de reconhecer no ato do casamento um contrato,⁵¹⁴ especial ou de Direito de Família, em razão das "conseqüências peculiares mais profundas e extensas do que as convenções de efeitos puramente econômicos"⁵¹⁵ da qual é dotado, bem com face às relações específicas às quais ele origina. Ademais, é de se observar que a esta modalidade "não se aplicam as disposições legais dos negócios de direito patrimonial que dizem

⁵¹⁰ OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 122.

⁵¹¹ OLIVEIRA, MUNIZ, op. cit., p. 122.

⁵¹² OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 122-3.

⁵¹³ SINGLY, op. cit., p. 14.

⁵¹⁴ Tal natureza jurídica, explica Caio Mário da Silva PEREIRA, foi adotada pelo "racionalismo jusnaturalista do século XIX. Penetrou no Código Francês em 1804, seduziu a Escola Exegética do século XIX, e sobrevive na doutrina civilista do século XX, disputando com certa vantagem as palmas com as demais concepções." (op. cit., p. 35).

⁵¹⁵ PEREIRA, Caio, op. cit., p. 36.

respeito: a) à capacidade dos contraentes; b) aos vícios de consentimento; c) aos efeitos."⁵¹⁶

O que se valoriza, nesta linha, é o consentimento dos nubentes,⁵¹⁷ de modo que a intervenção do celebrante na formação do vínculo não descaracteriza sua forma contratual.⁵¹⁸ Tampouco isto acontece com a exigência legal de forma especial e solene e tampouco a inadmissibilidade de acordo liberatório que coloque fim a ele de forma idêntica àquela de sua concretização.⁵¹⁹

Por outro lado, a par do caráter contratual, que implica em reconhecer um espaço de liberdade, este é restrito, mormente à escolha do cônjuge, de forma que, em geral, não se discute "com o celebrante o conteúdo dos direitos e deveres, as regras da dissolução da sociedade conjugal, nem em tempo nenhum impor a resolubilidade do vínculo ou condições à legitimidade dos filhos."⁵²⁰ Neste sentido, a "necessidade de adesão ao estatuto legal não elimina a base voluntarista do casamento."⁵²¹

Há uma semelhança com a corrente que advoga ser o casamento um negócio jurídico de Direito de Família na medida em que a voluntariedade está presente. Todavia, em dois aspectos eles se diferenciam. A designação contrato, cujo emprego tem um caráter tradicional que remonta ao período em que o Direito Canônico o regulamentava,⁵²² nos termos atuais, remete a um sentido patrimonial, razão pela qual a opção por negócio jurídico bilateral de Direito de Família.⁵²³

⁵¹⁶ GOMES, **Direito de família**, p. 60.

⁵¹⁷ Conforme explica Orlando GOMES, "O que imprime a um ato *natureza contratual* não é a livre determinação de seu conteúdo pelas partes, mas sua formação por acordo livre e espontâneo das partes." (op. cit., p. 60).

⁵¹⁸ GOMES, op. cit., p. 57.

⁵¹⁹ PEREIRA, Caio, op. cit., p. 36.

⁵²⁰ PEREIRA, Caio, op. cit., p. 36.

⁵²¹ GOMES, op. cit., p. 60.

⁵²² Este aspecto é destacado por OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 125; PEREIRA, Caio, op. cit., p. 35; GOMES, op. cit., p. 57;

⁵²³ Explicam José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ que "não utilizaremos, para qualificar o casamento, a expressão 'contrato' pela circunstância de que, no Brasil, a palavra 'contrato' tem, de regra, aplicação restrita aos negócios patrimoniais e, dentre eles, aos negócios jurídicos bilaterais de Direito das Obrigações." (op. cit., p.125).

Outro aspecto diz respeito ao fim do casamento como ato constitutivo. Na acepção contratual, "a indispensável declaração convergente de vontades livremente manifestadas e tendentes à obtenção de finalidades jurídicas"⁵²⁴ é elemento que o caracteriza, reforçando tal posição a busca da realização de objetivos pessoais com os efeitos garantidos pela ordem jurídica e dentro de seus limites.

O negócio jurídico casamento vai um passo além quando reconhece na vontade o poder de colocar o ato do casamento e as relações dele decorrentes à serviço de seus sujeitos, atuando como meio para realização pessoal. Nesta perspectiva "destaca-se a liberdade do homem e da mulher."⁵²⁵

Possibilidades outras acerca de sua natureza jurídica podem ser observadas, especialmente como forma de reação ao sentido contratual que lhe foi imprimido. Afirma-se que o casamento pode ser visto como um negócio jurídico complexo pois o consentimento dos nubentes é insuficiente para sua formação "visto ser necessária a declaração da autoridade para que o ato se aperfeiçoe."⁵²⁶ Desta forma, duas vontades, diferentes, são indispensáveis para sua formação.

É possível também encontrar explicação que aponta para um acordo, que se distingue do contrato pelo modo de constituição. Ambos são negócios jurídicos em que os interesses, num contrato, se contrapõem ou, ao menos, divergem e no acordo são convergentes, configurando uma soma de vontades.⁵²⁷

Também, pode ser encontrada defesa para a tese de ser o casamento um ato-condição, que se traduz "numa declaração de vontades que põe o declarante numa situação jurídica impessoal. O efeito de concurso de vontades consiste na inserção das partes em situação definida, em caráter geral, na lei."⁵²⁸ Desta forma,

⁵²⁴ PEREIRA, Caio, op. cit., p. 35.

⁵²⁵ OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 125.

⁵²⁶ Explica Orlado GOMES, em tom de crítica, que "O concurso do juiz na contratação do vínculo não constitui intervenção do Estado que altere o papel da vontade dos contraentes na sua formação. E, quando signifique vontade diversa, imprescindível à perfeição do ato, nem por isso se estará negando a natureza contratual do matrimônio." (**Direito de família**, p. 58.).

⁵²⁷ Orlando GOMES aponta, neste sentido, que "contrato e acordo não se contrapõem, mas, antes, refletem duas concepções diversas, a visão do negócio bilateral ou plurilateral", o que não é suficiente para afastar a nuance contratual do instituto. (**Direito de família**, p. 59)

na medida em que os nubentes consentem, automaticamente aderem às normas que regulamentam o casamento, idênticas a todas as pessoas casadas, que deverão ser aceitas em sua totalidade, de forma cogente.

4.1 Efeitos do casamento

A partir da realização do ato matrimonial, independente da natureza jurídica que lhe é atribuída, a realidade que se apresenta é a relação conjugal. "Esta dimensão valoriza a comunhão de ordem pessoal e patrimonial sob as vestes de relação jurídica. Uma idéia presente que apanha não o casamento em si mesmo, mas a projeção jurídica do casamento."⁵²⁹ Tal conteúdo é melhor expresso pela noção de "comunhão de vida do que pela análise descritiva de direitos e deveres, de natureza pessoal ou patrimonial, que o casamento cria."⁵³⁰

A comunhão de vida, "efeito por excelência do casamento",⁵³¹ traduz-se na comunhão material e espiritual entre os cônjuges, composta pelo afeto e pelos "demais aspectos da vida de um cônjuge com o outro",⁵³² traduzindo "o sentido profundo e perene da relação matrimonial."⁵³³

Junto à comunhão de vida, pode ser observada a produção de uma gama de efeitos jurídicos produzidos em relação aos cônjuges, sentidos na esfera patrimonial, na esfera social e na esfera pessoal.⁵³⁴

Os efeitos patrimoniais do casamento nascem do ato e se exteriorizam no decorrer da relação conjugal, se caracterizando pelas conseqüências patrimoniais ou

⁵²⁸ GOMES, **Direito de família**, p. 59.

⁵²⁹ FACHIN, **Elementos**, p. 105

⁵³⁰ OLIVEIRA; MUNIZ. op. cit., p.291.

⁵³¹ OLIVEIRA; MUNIZ. op. cit., p.293.

⁵³² OLIVEIRA; MUNIZ. op. cit., p.292.

⁵³³ OLIVEIRA; MUNIZ. op. cit., p.292.

⁵³⁴ Esta classificação é apresentada por Caio Mário da Silva PEREIRA, op. cit., p. 101, e por Maria Helena DINIZ. (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17 ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo : Saraiva, 2002. v. 5. p. 120).

econômicas que produzem.⁵³⁵ Em princípio compreendem "a assistência pecuniária de um a outro consorte", o usufruto legal sobre os bens dos filhos, a prestação alimentar à prole, o direito sucessório e o direito real de habitação aos cônjuges nos termos legais.⁵³⁶

Traduzem-se, ainda,⁵³⁷ na "produção de relações pecuniárias entre os cônjuges e entre estes e terceiros"⁵³⁸ cuja estruturação é feita por um conjunto de regras denominado "regime matrimonial de bens ou regime de bens do casamento",⁵³⁹ verdadeiro "estatuto de bens das pessoas casadas."⁵⁴⁰ Esta perspectiva remete, em linhas gerais, ao estatuto patrimonial de base,⁵⁴¹ também denominado regime matrimonial primário, e aos regimes matrimoniais secundários.⁵⁴²

Na esfera social, considerando-se que os efeitos alcançam toda a sociedade, de imediato cria família matrimonializada, "primeiro e grande efeito do

⁵³⁵ Conforme assevera Caio Mário da Silva PEREIRA, embora não seja organizada patrimonialmente, "isto não impede que a família moderna tenha um patrimônio comum, de certo modo necessário à consecução de seus fins." (op. cit., p. 103).

⁵³⁶ Estas hipóteses são apontadas por Caio Mário da Silva PEREIRA, op. cit., p. 104.

⁵³⁷ Explicam José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ que o regime matrimonial de bens não regula todas as relações de cunho econômico entre os cônjuges como, por exemplo, a obrigação alimentar ou os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente. (op. cit., p. 339-40).

⁵³⁸ OLIVEIRA; MUNIZ. op. cit., p. 339.

⁵³⁹ OLIVEIRA; MUNIZ. op. cit., p. 339.

⁵⁴⁰ OLIVEIRA; MUNIZ. op. cit., p. 339.

⁵⁴¹ Este estatuto é composto por "um conjunto de normas que disciplinam imperativamente a organização e o funcionamento econômico da vida do lar, e que se aplica de uma maneira idêntica a todos os casais, qualquer que seja o regime matrimonial a que estejam submetidos." Seu objetivo, em princípio, é assegurar um mínimo de associação de interesses que a vida conjugal apresenta quotidianamente e que não é afetada sequer pelo regime de separação de bens, bem como "garantir adequadamente a autonomia dos cônjuges, realizando a igualdade entre homem e mulher no casamento." (OLIVEIRA; MUNIZ. op. cit., p. 340-1). Seu conteúdo passa pelo "dever recíproco de sustento dos cônjuges de contribuir para o sustento da família" (op. cit., p. 344), pela "proteção da casa morada da família" (op. cit., p. 348), e pela "colaboração entre os cônjuges" (op. cit., p. 350).

⁵⁴² Os regimes matrimoniais secundários, ensinam José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ, (op. cit., p. 341), são os regimes de bens propriamente ditos, que ligam-se a um casamento em especial, na medida em que os nubentes o escolhem, seja dentre aqueles descritos pela lei ou a partir da constituição de outro, a gosto, desde que suas disposições não venham ferir preceito de ordem pública e os requisitos para sua adoção e vigência sejam respeitados.

casamento."⁵⁴³ Decorrente deste, vários efeitos pessoais podem ser sentidos, como, por exemplo, o ingresso dos cônjuges no *status* de casados,⁵⁴⁴ o estabelecimento dos vínculos de parentesco por afinidade e a antecipação da maioridade do cônjuge que é incapaz em razão desta.

Além desses, são estabelecidas, também, uma gama de direitos e deveres, recíprocos e individuais, que podem ser analisados sob duas perspectivas. Numa leitura do texto legal,⁵⁴⁵ observa-se a descrição do conteúdo dos papéis conjugais,⁵⁴⁶ na medida em que a legislação descreveu o que competia a cada cônjuge de forma expressa e rígida.

Segundo o texto original do Código Civil de 1916, ao marido foi atribuída a chefia da sociedade conjugal, da qual decorria a representação legal da família, a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, a fixação e a mudança do domicílio da família, a concessão de autorização para o trabalho da mulher e o sustento da família, num claro papel de provedor.

Os papéis femininos também foram contemplados na medida em que, num primeiro momento, à mulher competia assumir os apelidos de família do marido, bem como a condição de companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família. Além do que, até 1962 o casamento inseria a mulher no rol de relativamente incapazes. A partir de tal data, ela mantém seu papel de companheira e consorte, substituindo o de auxiliar pelo de colaboradora, além de expressamente lhe ser atribuída a direção material e moral da família.

E pelo texto do novo Código Civil, ancorado no casamento, os papéis já refletem a igualdade constitucional e são tratados eqüitativamente. Desta forma, "homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e

⁵⁴³ PEREIRA, Caio. op. cit., p. 102.

⁵⁴⁴ Este efeito é apontado por Caio Mário da Silva PEREIRA, op. cit., p. 102. Maria Helena DINIZ o localiza na esfera dos efeitos sociais, juntamente como os dois próximos, op. cit., p. 115.

⁵⁴⁵ Conforme disposição do artigo 233 do Código Civil brasileiro de 1916.

⁵⁴⁶ Segundo informa Leila Maria Torraca de BRITO, "A difusão da psicanálise no Brasil, a partir dos anos 70, foi um dos fatores que contribuíram para a modificação de papéis familiares. A busca das realizações e aspirações individuais passa a ser cogitada, junto com a livre opção, além de valores que equiparam o homem e a mulher." (BRITO, Leila Torraca de. **Se-pa-ran-do** : Um estudo sobre a atuação do psicólogo nas varas de família. Rio de Janeiro : Relume-Dumará, 1993. p. 68.)

responsáveis pelos encargos da família",⁵⁴⁷ sendo que o conteúdo do preceito constitucional é repetido no que tange à direção da sociedade conjugal, ao sustento material e à escolha do domicílio. A direção exclusiva da família somente é possível diante da ausência de um dos cônjuges.⁵⁴⁸

Nesta esfera, a igualdade constitucional se fez sentir de forma ampla, de modo que a rígida divisão dos papéis conjugais não foi recepcionada pelo texto constitucional e a igualdade entre os cônjuges ingressou nas relações de família por definitivo.

Como efeito concreto, não há mais determinações específicas que estabeleçam acerca das atribuições no âmbito interno da família. Respeitadas as diferenças concretas, homem e mulher estabelecem de que forma este exercício se dará. E, estabelecendo isto, dá-se condições ao desenvolvimento individual a ambos, que têm respeitada sua autonomia, condição indispensável para "se relacionar com outras pessoas de modo igualitário"⁵⁴⁹ e, por outro lado, a responsabilidade de construir um cotidiano que respeite a ambos e se paute ou, ao menos, não ofenda a igualdade e, por consequência, a dignidade.

A segunda perspectiva aponta para os direitos e deveres recíprocos, estabelecidos em lei,⁵⁵⁰ que indicam um conteúdo mínimo no qual a relação conjugal assenta: fidelidade recíproca, vida comum no domicílio conjugal, mútua assistência - que engloba os aspectos material e moral -,⁵⁵¹ e respeito e consideração mútuos.

⁵⁴⁷ Art. 1565 do Código Civil brasileiro de 2002.

⁵⁴⁸ Ausência tem, aqui, um sentido de não presença física, não correspondendo ao sentido técnico-jurídico, conforme preceitua o artigo 1.570 do Código Civil brasileiro de 2002: "Se qualquer dos cônjuges estiver em lugar remoto ou não sabido, encarcerado por mais de cento e oitenta dias, interditado judicialmente ou privado, episodicamente, de consciência, em virtude de enfermidade ou de acidente, o outro exercerá com exclusividade a direção da família, cabendo-lhe a administração dos bens."

⁵⁴⁹ GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade** : Sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas. São Paulo : Editora da UNESP, 1993. p. 206.

⁵⁵⁰ Conforme o disposto no artigo 231 do CCb de 1916 e no artigo 1566 do Código Civil brasileiro de 2002.

⁵⁵¹ Neste ponto é relevante destacar que o plano de análise se restringe aos efeitos pessoais, excluindo-se o aspecto patrimonial que tem origem na mútua assistência material que quando da ruptura da união dá ensejo a alimentos.

Além e ao lado desses, é possível destacar uma gama de deveres implícitos, decorrentes de elaboração jurisprudencial posto que "extraídos da apreciação das espécies em ações de separação."⁵⁵² Constituem eles "um modelo de conduta social conceitualmente exigível", estabelecidos pela moral conjugal.⁵⁵³

Observa-se, com estas duas dimensões, que, embora a legislação tenha estabelecido um rol de direitos e deveres recíprocos que devam ser observados pelos cônjuges, as relações concretas vão além dele na medida em que cada uma em particular traz em seu conteúdo aspectos específicos que podem não ter sido contemplados pela redação legal mas têm o reconhecimento do sistema por via jurisprudencial.

Na previsão legal, a fidelidade recíproca figura no topo dos deveres conjugais, "colocando-se como o mais importante dos deveres, eis que expressão natural da monogamia",⁵⁵⁴ e instrumento de implementação da presunção *pater is est*. Sua observância implica exclusão de relações, sexuais e afetivas⁵⁵⁵ com qualquer pessoa que não seja o cônjuge.⁵⁵⁶

A fidelidade, compreendida desta forma, implica em comprometimento pessoal dos cônjuges, que vai além de um dever jurídico de exclusão de relacionamento sexual com terceiro que possa, eventualmente, importar em uma filiação extramatrimonial. Uma interpretação desta ordem pede que seja utilizado "um princípio condutor e inspirador - a idéia de comunhão plena de vida entre os cônjuges que, sendo seu dever fundamental, é, ao mesmo tempo, o princípio que

⁵⁵² PEREIRA, Caio. op. cit., p. 108.

⁵⁵³ CAHALI, **Divórcio**, p. 63.

⁵⁵⁴ CAHALI, **Divórcio**, p. 60.

⁵⁵⁵ Não somente relações sexuais configuram infidelidade, explicam José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ, "como toda uma gama de comportamentos que, por seu caráter licencioso ou leviano, significam também quebra da fé conjugal." (op. cit., p. 295). Nestes mesmo sentido, Jean CARBONNIER afirma o duplo sentido de fidelidade, o material e o moral. (**Droit**, p. 92.)

⁵⁵⁶ Segundo entendimento expressado por Caio Mário da Silva PEREIRA, este sentido de fidelidade não compreende a denominada infidelidade moral, que se traduz na existência de relação de caráter amoroso extraconjugal mas ausente um relacionamento sexual. Segundo o autor, trata-se de um comportamento de configura injúria grave, relevante no caso de uma separação judicial litigiosa. (op. cit., p. 105)

resume todo o conteúdo da relação conjugal."⁵⁵⁷ Observa-se que o elemento valorizado é o vínculo pessoal/afetivo e não unicamente a dimensão jurídica que tal dever representa/traduz.

Outro dever é a vida em comum no domicílio conjugal, que compreende "a noção de comunhão de cama, mesa e casa."⁵⁵⁸ Ou, conforme assevera Jean CARBONNIER, "O casamento obriga essencialmente os esposos a viverem juntos."⁵⁵⁹ Trata-se da afirmação de convivência quotidiana conjugal, que implica compartilhar o mesmo espaço físico,⁵⁶⁰ representado pelo sentido de domicílio, bem como a presunção de existência de relações sexuais.⁵⁶¹

De certa forma, há uma "intima conexão entre o dever de fidelidade e o da vida em comum: é que a comunidade de vida sexual pode ser vista (...) como integrando o momento positivo da fidelidade enquanto o momento negativo é dominado pela idéia de exclusividade."⁵⁶²

A mútua assistência, na perspectiva da conjugalidade, "abrange, de modo unitário, aspectos morais, espirituais, materiais, econômicos",⁵⁶³ e, quanto aos efeitos, biparte-se em um sentido estritamente pessoal e noutro, de reflexos materiais.

O sentido pessoal "cumpre-se, na maior parte das vezes de modo imperceptível, de vez que se trata de um conjunto de gestos, atenções, cuidados na saúde e na doença, serviços, suscitados pelos acontecimentos cotidianos."⁵⁶⁴ Seu

⁵⁵⁷ OLIVEIRA; MUNIZ. op. cit., p. 295.

⁵⁵⁸ OLIVEIRA; MUNIZ. op. cit., p. 297.

⁵⁵⁹ CARBONNIER, **Droit**, p. 88. No idioma original: "Le mariage oblige essentiellement les époux à vivre ensemble."

⁵⁶⁰ Este aspecto pode ser objeto de modificação "em seu conteúdo concreto, em virtude das circunstâncias da vida dos cônjuges." (OLIVEIRA; MUNIZ. op. cit., p. 297.)

⁵⁶¹ Trata-se do *débitum conjugale*, que compõe o conteúdo e é expressado pela idéia de comunhão de vida, cuja utilização é, segundo Jean CARBONNIER, "traditionnellement, une manière pudique de désigner les *relations sexuelles*, qui constituent le devoir conjugal par excellence." ("tradicionalmente, uma maneira pudica de designar as *relações sexuais*, que constituem o dever conjugal por excelência.") (CARBONNIER, **Droit**, p. 89. Grifo no original.).

⁵⁶² OLIVEIRA; MUNIZ. op. cit., p. 297.

⁵⁶³ OLIVEIRA; MUNIZ. op. cit., p. 298.

⁵⁶⁴ OLIVEIRA; MUNIZ. op. cit., p. 298.

conteúdo é composto basicamente de respeito, sinceridade, recíproca ajuda e mútuos cuidados, traduzido pela vida diária do casal,⁵⁶⁵ com conteúdo qualitativo idêntico aos cônjuges.⁵⁶⁶

Os reflexos materiais da mútua assistência se traduzem na necessidade de contribuição pecuniária, por ambos, de modo a prover o sustento econômico e material da família. Cada cônjuge o fará na medida de sua possibilidade, em igualdade de contribuição que, neste caso, será medida pela proporção e não pelo *quantum*. O não cumprimento implica alimentos entre eles, mesmo que existente e constante a relação conjugal.

O texto do novo Código Civil acrescenta respeito e consideração mútuos, que se estende a todos os campos da convivência e, numa certa medida, engloba os outros conteúdos, representando a regra balizadora para todos os comportamentos do cotidiano que, observados, dão condições de surgimento de uma efetiva comunhão de vida.

Este conteúdo é atribuído aos cônjuges a partir do momento em que eles ingressam na relação matrimonializada, independente da vontade de ambos, e têm, segundo a doutrina, natureza pública posto que configuram direitos pessoais de família.⁵⁶⁷ Desta forma, o conteúdo do texto legal não admite espaço para a vontade estabelecer de modo diverso, embora os deveres implícitos tenham origem jurisprudencial, indicando uma abertura no conteúdo que remete a cada caso concreto.

5 A AUSÊNCIA DO VÍNCULO MATRIMONIAL NA RELAÇÃO CONJUGAL: ELEMENTOS DA UNIÃO ESTÁVEL

⁵⁶⁵ OLIVEIRA; MUNIZ. op. cit., p. 299.

⁵⁶⁶ OLIVEIRA; MUNIZ. op. cit., p. 301.

⁵⁶⁷ OLIVEIRA; MUNIZ. op. cit., p. 17.

Ao contrário do casamento que foi contemplado pelo sistema jurídico desde sua estruturação, e que encontrou assento no texto codificado, as uniões extramatrimoniais foram destinatárias de um silêncio jurídico que perdurou um significativo período.

O mesmo processo de incluiu o casamento excluiu as outras formas de constituição de família. Trata-se de uma opção feita pelo Direito a partir do momento em que sua técnica consistia em expressamente apontar o que é relevante e que aspectos efetivamente interessam, reflexo de um sistema fechado.

Tal se deu com a família, instituto relevante, com conteúdo influenciado pelo modelo religioso, que teve exclusivamente sua forma matrimonializada contemplada, de modo a atender os interesses então vigentes. Entrelaçam-se aí, explica Carmem Lúcia Silveira RAMOS, "as raízes da exclusão das famílias sem casamento, nos sistemas romanistas da atualidade."⁵⁶⁸

Esta exclusão indica que a família não matrimonializada "não se encontrava retratada no Código Civil brasileiro porque era um fato indiferente, o sistema jurídico não a captava e não a inseria no mundo do direito."⁵⁶⁹ Observa-se que, embora se tratasse de uma relação social, o sistema definiu-a indiferente ao excluí-la, de sorte que a prioridade de tutela resta evidenciada: ele próprio e não as relações e as pessoas que dela participam.⁵⁷⁰ Com isso, "privilegia-se a concepção da relação jurídica a partir do sistema e não a partir da própria relação."⁵⁷¹

Nestes termos, a estruturação jurídica das uniões não matrimonializadas comporta análise em dois momentos e sob duas formas diversas. Com a promulgação do Código Civil brasileiro de 1916, houve um silêncio legislativo acerca da relevância de situações conjugais fáticas, só quebrado pelo murmúrio de dois dispositivos legais.

A união não matrimonializada pode ser localizada no artigo 363, I, quando da permissão de investigação de paternidade para filhos nascidos na constância de

⁵⁶⁸ RAMOS, **Famílias**, p. 63.

⁵⁶⁹ FACHIN, **Introdução**, p. 107.

⁵⁷⁰ FACHIN, **Introdução**, p. 106.

⁵⁷¹ FACHIN, **Introdução**, p. 106.

concubinato entre os genitores, o que se justifica na medida em que a união dos pais condicionava o reconhecimento e o ingresso dos filhos na esfera jurídica.

Noutro ponto, o artigo 203,⁵⁷² reforçado pelo artigo 206,⁵⁷³ ambos do Código Civil brasileiro de 1916, destaca a posse de estado de casado como elemento determinante para o reconhecimento jurídico da vida conjugal, numa situação extrema, condicionado ao falecimento de um dos cônjuges e em benefício de prole comum. Nesta situação, um casamento que porventura houvesse existido mas não pudesse ser provado teria o reconhecimento do sistema em razão de um elemento apontado pela situação fática dos cônjuges, remetendo a um ponto de reconhecimento indireto de relevância dos fatos em relação ao vínculo jurídico.

Afora estas hipóteses, o reconhecimento da existência de um vínculo conjugal não matrimonializado como família, bem como os efeitos dela decorrentes, passaram ao largo do sistema jurídico, especialmente em razão da submissão ao princípio do *numerus clausus*, que se traduz em uma das características do Direito de Família: a tipicidade de seus direitos e negócios jurídicos.⁵⁷⁴ As referidas uniões, quando chegavam às portas do poder judiciário, somente eram recepcionadas pelas varas cíveis na medida em que buscavam no sistema uma alternativa fora do Direito de Família para justificar um pedido de caráter patrimonial.

Uma possibilidade que se apresentava remetia à comprovação de existência de uma sociedade de fato entre o casal.⁵⁷⁵ Tal "posicionamento denota o avanço jurisprudencial: a união dita concubinatória produzirá o efeito jurídico de partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. No entanto, é revelador, igualmente, de uma artificialidade acionada para a concessão de efeitos jurídicos à família

⁵⁷² "Art. 203. O casamento de pessoas que faleceram na posse de estado de casadas não se pode contestar em prejuízo da prole comum, salvo mediante certidão do registro civil, que prove que já era casada alguma delas, quando contraiu o matrimônio impugnado (art. 183, VI)."

⁵⁷³ "Art. 206. Na dúvida entre as provas pró e contra, julgar-se-á pelo casamento, se os cônjuges, cujo matrimônio se impugna, viverem ou tiverem vivido na posse de estado de casados."

⁵⁷⁴ OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 34.

⁵⁷⁵ Nos termos da Súmula 380 do STF, "Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos é cabível a sua dissolução conjugal, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum."

extramatrimonial."⁵⁷⁶ Isto porque a concessão da medida judicial remetia ao campo das obrigações e não da família.⁵⁷⁷

Outra possibilidade buscava na indenização por serviços prestados um amparo patrimonial, notadamente para a mulher, a ser concedido diante da inexistência de acréscimo patrimonial durante a convivência ou de dificuldade de prova do esforço comum, especialmente diante da interpretação restritiva de seu significado.⁵⁷⁸

Nas duas hipóteses, observa-se que o destaque é para a esfera patrimonial e não a pessoal, embora esta sinta os efeitos tanto da convivência como da ruptura, especialmente para a mulher, que sempre foi colocada numa posição desprivilegiada em relação ao homem nas relações conjugais.⁵⁷⁹ Neste caso, não há muita distinção entre reconhecimento jurídico ou não, uma vez que as relações patriarcais dominavam a cena familiar.

Este tratamento jurídico teve espaço até a Constituição Federal de 1988, quando houve o expresso reconhecimento da união estável no parágrafo 3º do artigo 226, nos seguintes termos: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento."

A recepção, pelo texto constitucional, da pluralidade de formas de constituição de família aponta para uma possibilidade de compatibilização entre o mundo jurídico e o mundo real, que já havia sido rompida quando da codificação.⁵⁸⁰ Não se opera, com isso, uma planificação nas formas de família, pois as diferenças

⁵⁷⁶ MATOS, op. cit., p. 51-2.

⁵⁷⁷ "Sociedade de fato e não sociedade conjugal: o concubinato não era família, e a questão processual se decompunha no Juízo Cível." (FACHIN, **Elementos**, p. 65.)

⁵⁷⁸ MATOS, op. cit., p. 64-5.

⁵⁷⁹ Para aprofundar esta perspectiva, ver MATOS, op. cit.

⁵⁸⁰ Nestes termos Carmem Lúcia Silveira RAMOS explica que no período que antecedeu a codificação as formas de constituição de família eram plurais (op. cit., p. 43-4), mesmo porque somente em 1891 o casamento civil foi instituído. Desta sorte, o reconhecimento da pluralidade em 1988 somente retoma algo que já havia tido espaço e que o perdeu por força de lei mas nunca deixou de ter existência real, razão pela qual se afirma a aproximação entre os dois mundos. "Neste sentido, a família não matrimonializada, que no âmbito sociológico manifestou-se desde sempre, manteve-se no direito brasileiro como uma hipótese paralela, marginal à família fundada no casamento consagrada pelo sistema estabelecido no Código Civil." (RAMOS, op. cit., p. 45).

existentes se fazem sentir especialmente no plano dos efeitos. Todavia, dilatam-se os espaços familiares tutelados e, conseqüentemente, as possibilidades de escolha conferidas aos sujeitos.

Nesta linha de pensamento, a manutenção do sistema também passa pela conservação do modo de análise das relações familiares, de forma que se parte do vínculo conjugal para visualizar o tipo de relação que está presente. Não se quer, com tal afirmação, dizer que o vínculo conjugal não é relevante. Ao contrário, é relevante, sim, e condiciona a produção dos efeitos que a ele estão relacionados.

Tanto é assim que, numa família formada pelo casamento, a presunção *pater is est* incide sobre os filhos nascidos em sua constância, o que não ocorre na união estável, isto porque a referida presunção é decorrente do vínculo matrimonial. No sistema jurídico nacional, a escolha de um ou outro modo de formação implica produzir os efeitos que lhe são conexos, e que são seus elementos diferenciadores.

O olhar que parte do modo de constituição aponta para alguns elementos indispensáveis ao reconhecimento jurídico da união extramatrimonial como família, que podem ser inferidos do texto legal e da doutrina.

Partindo do texto constitucional, a união objetivamente requer estabilidade, diversidade de sexos e possibilidade de conversão em casamento para que seja reconhecida como família. Tendo-o como padrão, seu reconhecimento empresta dele as interdições básicas.

A legislação ordinária trouxe outros elementos na medida em que especificou o conteúdo do instituto e delimitou com mais precisão seus limites. A lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994, inicia tratando do *status* civil dos companheiros, com a expressa exclusão do casamento de sorte que, em existindo o vínculo conjugal, não há que se falar em reconhecimento de família extramatrimonial. Além disso, estabelece prazo de cinco anos ou existência de prole para que ela se reconheça.

Esta legislação provocou duas significativas modificações na situação dos companheiros. Uma delas diz respeito à previsão legal concernente aos alimentos, indispensável na medida em que é um de seus requisitos de concessão, ao lado da necessidade de quem pede e da possibilidade de quem paga. A expressa remissão à Lei 5.478, de 25 de junho de 1968, aponta o caminho de uma ação de alimentos autônoma. Entretanto, há a necessidade de previamente se ter reconhecimento

judicial da união posto que se trata do vínculo jurídico. Destaca-se que, uma vez estabelecidos, os alimentos serão devidos enquanto nova união não for constituída, qualquer que seja sua natureza.

Outro aspecto relevante foi promover o ingresso do companheiro na ordem de vocação hereditária, em posição idêntica à do cônjuge, bem como lhe assegurar direito de usufruto dos bens do *de cujus*, caso não participe da sucessão na condição de herdeiro.

Ficou também afirmado o direito à partilha dos bens adquiridos pelo casal na constância da união, o que, de certa forma, a jurisprudência já havia consolidado na medida em que julgava situações de sociedade de fato e a partilha implicava em não provocar o enriquecimento sem causa de uma das partes. Todavia, agora no plano das relações familiares.

Com a Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, que expressamente regulamentou o texto constitucional, os requisitos apostos não tiveram um caráter tão objetivo como aqueles dispostos na legislação anterior.

O reconhecimento estatal de uma união extramatrimonial exige a convivência duradoura, pública e contínua entre homem e mulher, com o objetivo de constituir família, de modo que resta afastada a exigência de um período mínimo de convivência, bem como o nascimento de filhos da união. Trata-se de critérios subjetivos que realçam a convivência, a construção quotidiana da relação, tornada visível pela posse de estado de casado.⁵⁸¹ À semelhança do casamento, estabelece-se um conjunto de direitos e deveres recíprocos entre os companheiros, que passam pelo respeito e consideração mútuos e pela assistência moral e material recíproca.

Trata também do aspecto patrimonial quando determina partilha de bens, reafirma a obrigação de prestação alimentar, confere direito real de habitação ao companheiro sobrevivente e prevê possibilidade de estipulação de acordo acerca da construção patrimonial.

O novo Código Civil brasileiro reafirma os critérios subjetivos, afastando a necessidade de um período mínimo de convivência ou nascimento de filhos e

⁵⁸¹ "A posse de estado de casado resulta da reunião de fatos que, considerados de modo unitário, revelam no plano social a existência do estado de casado. Assim as pessoas que vivem publicamente como marido e mulher, gozando dessa reputação e consideração nas relações sociais, são consideradas na posse de estado de casadas." (OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 150.)

alargando expressamente as possibilidades de reconhecimento quando textualmente determina que o reconhecimento será possível na medida em que houver uma separação de fato que já tenha colocado fim à convivência.

Observa-se, com isto, a valorização do comportamento, da vida comum, dos fatos, em relação ao vínculo matrimonial existente. Realça-se a posse de estado de casado como elemento que exterioriza a existência de uma relação conjugal familiar, o que independe da espécie de vínculo de formação. Os sujeitos passam a figurar no centro da tutela familiar na medida em que suas opções se sobrepõem ao vínculo anteriormente exigido.

Há, também, a repetição do estabelecimento do conteúdo das relações pessoais entre os companheiros, a serem concretizadas pela lealdade, respeito e assistência, fórmula que aproxima o tratamento do modo próprio do casamento e que enclausura na lei uma esfera de liberdade que, em princípio, não deveria receber a intervenção legal, somente a tutela configurada pelos princípios constitucionais.

Exalta-se a conversão dela em casamento, a exemplo do que já havia feito o texto constitucional e a Lei 9.278/96. Numa certa medida, cabe a ponderação feita por Carmem Lúcia Silveira RAMOS de que o "recuo do formalismo em matéria de realidade familiar, e a consagração de novos valores no casamento e na família, não significa que o matrimônio tenha sido alijado de seu papel central na regulação das relações familiares, tendo em vista que o paradigma racionalista-liberal foi preservado."⁵⁸²

As conseqüências do reconhecimento da união estável como família se traduzem em efeitos que podem ser bipartidos em comuns e específicos a todas as relações, por força do próprio sistema. O comum é o ingresso da relação na esfera jurídica, que passa a ter sede em duas dimensões: nesta e em sua de origem, a fática, sendo que os específicos são produzidos a partir do momento em que uma relação concreta é levada ao conhecimento do Poder Judiciário.

⁵⁸² RAMOS, op. cit., p. 47-7. Explica a autora que, numa certa medida, "eqüivale a dizer que a família sem casamento, enquanto realidade análoga, no plano da situação de fato, à família matrimonializada, ao ser assimilada pelo direito esta recepção, paradoxalmente, atua como um mecanismo de preservação do *status quo*, do modelo de sistema jurídico liberal-burguês, ainda que repersonalizado." (op. cit., p. 47). Houve, sim, o reconhecimento de pluralidade mas não de uma igualdade entre as formas e tampouco a quebra do sistema, senão sua transformação.

Interessante observar a ambivalência segundo a qual o ato de ingresso é, ao mesmo tempo, ato de saída: reconhece-se a existência para afirmar que o que havia já acabou... E o reconhecimento implica provar que os contornos daquela relação conjugal revelaram à esfera jurídica a existência da posse de estado de casado. O que é efetivamente relevante é a convivência, a conjugalidade propriamente dita, que exterioriza, dentro do possível, a existência de família na união daquele casal.

Na medida em que o reconhecimento é feito, abre-se a possibilidade de se resolver questões de cunho basicamente patrimonial, como, por exemplo, a questão alimentar entre os companheiros, a divisão do patrimônio adquirido na constância da união, a possibilidade de figurar como herdeiro numa sucessão. Aspectos pessoais não estão excluídos. Um deles é estabelecer o termo final da convivência, que poderá ser relevante num segundo momento para variadas situações como o estabelecimento de uma nova união.

Quanto aos filhos, a dissolução terá efeitos idênticos aos produzidos quando da separação judicial, posto que a relação paterno-filial, conforme já foi exposto anteriormente, não está vinculada à existência ou ruptura da relação conjugal para receber tratamento autônomo. Por questão de oportunidade e conveniência, além da expressa determinação legal, seu tratamento é feito junto à dissolução uma vez que, embora não vinculada, a ruptura da convivência conjugal se faz sentir na convivência existente na relação paterno-filial.⁵⁸³

Apresentadas as linhas gerais das duas formas de constituição de conjugalidade, alguns efeitos serão destacados para uma leitura crítica da relação que se construiu entre casamento e união estável, ao mesmo tempo iguais e diferentes.

⁵⁸³ Sobre critérios de estabelecimento de guarda diante da ruptura da relação conjugal e os efeitos dela decorrente, ver CARBONERA, **Guarda**, Capítulos 3 e 4.

CAPÍTULO QUINTO

UMA LEITURA CODIFICADA DOS DEVERES CONJUGAIS

Que o da pólvora estivesse desmunido, salvo
uns pozinhos negros no fundo, que primeiro
mais lhe pareceram caganitas de rato, não lhe
importou nada, de facto não está escrito em
nenhuma lei, pelo menos até onde a sabedoria
duma mulher de limpeza é capaz de alcançar,
que ir em busca de uma ilha desconhecida tenha
de ser forçosamente uma empresa de guerra.⁵⁸⁴

A família ingressou no sistema jurídico modelada num casamento, solene, passaporte de ingresso à tutela tanto para o casal como para os filhos nele nascidos, e consistiu na forma exclusiva de constituição de família, em solo nacional, até 1988. Assentado inicialmente na conjugalidade, condicionou a leitura das relações familiares à análise do vínculo conjugal, cuja existência ou inexistência conduzem à produção de efeitos específicos para casamento e união estável.⁵⁸⁵

Como consequência, é possível realizar o exame de ambas na perspectiva dos referidos efeitos, uma vez que alguns serão produzidos e outros são passíveis de produção a partir da existência daquela relação conjugal. Conjugar tal reflexão ao sentido de conjugalidade, cuja análise é feita num espaço preciso da relação conjugal, que vai do momento imediatamente posterior à constituição da união, sem considerar a forma pela qual teve origem, se prolonga até o momento em que a vida

⁵⁸⁴ SARAMAGO, op. cit., p. 37.

⁵⁸⁵ No eixo vertical, como já explicitado, a relação entre um dos pais e seus filhos, que constituem uma família monoparental, foge de tal forma de análise precisamente porque o vínculo formador de família é o paterno-filial, independentemente da existência ou não de vínculo entre os pais. Mais sobre o tema ver LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais** : A situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.

comum continue existindo, o que exclui a produção de efeitos correspondentes ao vínculo de constituição, abarcando exclusivamente as relações de cunho pessoal.

Traçadas as linhas gerais de casamento e união estável, é possível detectar alguns pontos de afastamento e outros de aproximação entre estas duas formas de constituição de família, reflexo direto da pluralidade constitucional.

1 CASAR. NÃO CASAR. QUAL A DIFERENÇA?

O casamento e a união estável são duas das formas de constituição de família conjugal previstas expressamente no ordenamento jurídico nacional.⁵⁸⁶ O ponto de confluência entre ambas é a conjugalidade, destacando-se o eixo horizontal e os efeitos jurídicos que porventura ele possa produzir. Independe, neste caso, a existência de filhos como elemento indispensável à configuração de família.⁵⁸⁷

Um primeiro aspecto em que ambas se diferenciam é o modo de constituição.⁵⁸⁸ O casamento segue um rito específico, solene, que lhe dá existência jurídica imediata, independente de qualquer outro elemento.⁵⁸⁹ Uma vez realizada a celebração, os cônjuges passam a ter *status* de casados e passam a sentir os efeitos correspondentes, os quais já foram objeto de exame.

⁵⁸⁶ Não se trará a lume à discussão instaurada por Paulo Luiz Neto LÔBO acerca da ampliação dos limites de reconhecimento de entidades familiares, conforme texto citado, bem como não fará parte deste exame a união livre, incluída por Luiz Edson FACHIN como uma das formas de constituição de família conjugalizada, "uma associação informal não suscetível de conversão" em casamento. (FACHIN, **Elementos**, p. 60.)

⁵⁸⁷ Esta "desnecessidade" de filhos para constituição de família é recente, segundo afirma Lluís FLAQUER, op. cit., p. 14, que, porém, já havia sido apontada por Orlando GOMES que, comentando os fins do casamento, o centra na comunhão de vida, "independentemente dos fins da geração". (GOMES, **Direito**, p. 65.)

⁵⁸⁸ Este talvez, seja o principal elemento diferenciador entre ambas, uma vez que neste ponto é possível sentir a forte influência do sistema jurídico fechado, que condiciona a tutela de situações existenciais ao cumprimento de formalidades por ele descritas.

⁵⁸⁹ Como explica Luiz Edson FACHIN, "Eis a união formal. Formalidades preliminares e solenidade concomitante à celebração se reúnem num ato que se consolida e se prova, prioritariamente pelo viés formal, secundariamente pela posse de estado de casados. Prova-se o casamento existente, válido ou inválido. A inexistência está na véspera matrimonial, um 'não existir' em termos jurídicos." (**Elementos**, p. 104.)

Na união estável, a ausência de celebração civil implica, em princípio, no exercício da liberdade de não casar, reflexo de uma escolha pessoal dos companheiros. Todavia, é preciso que se pondere o seguinte: "não casar é um ato de liberdade para os 'livres', os que têm patrimônio, contratam e testam, e aí sim, gozando desse discernimento econômico, social e cultural, não casar é uma opção por não se matrimonializar."⁵⁹⁰

A constituição fática da união conjugal, via de regra sem data precisa de seu início,⁵⁹¹ se traduz na quotidiana comunhão de vida, visualizada pela existência e permanência na posse de estado de casado, que faz com que sua existência jurídica seja efetivamente construída a partir do comportamento e da vontade dos companheiros. Neste caso, "é na ausência da imposição legal que pode localizar-se o sentido da vida em comum."⁵⁹²

Como pontua Pietro PERLINGIERI, a convivência estável entre um homem e uma mulher "é um fenômeno de liberdade que não se põe em contraste com precedentes e oficiais assunções de responsabilidade e que não pode certamente colorir-se com as qualificações de ilegitimidade ou de ilicitude."⁵⁹³

Liberdade e amarras legais, dois elementos em que união estável e casamento encontram seus momentos fundantes e cujos efeitos se fazem sentir no grau de intensidade da incidência da lei na conformação e intervenção no todo da relação conjugal.

A opção por um casamento gera uma família em que a relação conjugal e a paterno-filial são informadas diretamente pelos dispositivos legais pertinentes. Casar implica assumir um estatuto matrimonial desenhado pela lei, cujo espaço de convivência tem contornos e conteúdos formalmente conhecidos. O itinerário conjugal tem suas linhas gerais traçadas num mapa codificado, que aponta ao casal

⁵⁹⁰ FACHIN, **Elementos**, p. 67.

⁵⁹¹ Exceção há quando os companheiros tiverem, por exemplo, realizado um contrato que trate do aspecto patrimonial, quando então ele poderá ser utilizado como parâmetro temporal, ou se houver sido realizado um casamento exclusivamente religioso, cuja certidão indicará o possível início da convivência.

⁵⁹² FACHIN, **Elementos**, p. 63.

⁵⁹³ PERLINGIERI, **Perfis**, p. 253.

qual o caminho a ser seguido para se ter efetiva tutela, procedimento típico do sistema jurídico completo.

Na união estável a viagem se inicia e, na medida em que se caminha, o percurso vai sendo construído, auxiliado por uma bússola que aponta norte dos princípios constitucionais orientadores das relações conjugais em geral. Como explica Orlando GOMES, o que efetivamente interessa ao Estado não é o ato formal do casamento "mas o que ele representa como forma de união duradoura entre um homem e uma mulher para finalidades essenciais à vida social."⁵⁹⁴ Não há, como no casamento, um itinerário jurídico previamente estabelecido exatamente porque esta relação familiar não pediu expedição prévia de seu passaporte de ingresso ao não optar pelo casamento. A informalidade dá o tom.

Nada obstante, o legislador elaborou uma regulamentação em que conforma a união estável aos moldes gerais do casamento ao explicitar uma de suas possibilidades⁵⁹⁵ e aprisioná-la nos limites legais.⁵⁹⁶

O que era para ser uma forma de expressão da liberdade na constituição da família acabou se apresentando, no plano da legislação ordinária, como liberdade de escolha de uma das possibilidades de constituição de família, em nome da segurança jurídica.⁵⁹⁷ Ao fazê-lo, o legislador ingressou em todas as esferas possíveis, inclusive no que tange às relações pessoais.

⁵⁹⁴ GOMES, **Direito de família**, p. 46.

⁵⁹⁵ O que se quer ressaltar é que houve uma redução às linhas gerais do modelo matrimonializado, embora com o casamento não se confunda, o que pode constituir um óbice legal para o reconhecimento de famílias extramatrimoniais que não se conformem ao modelo descrito. Neste sentido aduz Carmem Lúcia Silveira RAMOS que "o conteúdo de um estatuto voltado para normatizar as famílias sem casamento não deveria tomar como modelo a família matrimonializada regulada na codificação civil, tendo em vista suas peculiaridades, como situação de fato." (**Famílias**, p. 119).

⁵⁹⁶ Conforme Luiz Edson FACHIN, "O direito de não casar abre o debate sobre a presença ou a ausência de regulamento estatal das relações não matrimonializadas. A atual opção do legislador (...) é intervencionista, justificada, em parte, pela desigualdade de seus integrantes." (**Elementos**, p. 66)

⁵⁹⁷ Este aspecto é ressaltado por Carmem Lúcia Silveira RAMOS, que afirma textualmente: "O argumento clássico em favor da normatização da comunhão de vida sem casamento, e de seus efeitos, repousa num dos mitos tradicionais do sistema jurídico liberal: a segurança jurídica." (**Famílias**, p. 119)

Não se trata de aprofundar aqui a questão relacionada à pertinência ou não de uma regulamentação acerca da formação de família extramatrimonial mas, no mínimo, é possível refletir diante de tal afirmação:

Qualquer regulamentação, caso tome como parâmetro as normas relativas à família oriunda do casamento, particularmente no que se refere aos efeitos pessoais da união estável, pode ser considerada contraditória, se não com a opção feita pelos envolvidos, no sentido de manter uma família sem casamento, pelo menos com a própria natureza da situação de fato: qual seria o sentido e pertinência de impor-se uma normatização análoga à vigente para o matrimônio à convivência do casal que, em tese, optou por uma vida em comum não formalizada?⁵⁹⁸

Na medida em que o legislador se preocupou com este ato de liberdade, nos efeitos atribuídos pelo sistema jurídico podem ser detectadas outras diferenças entre casamento e união estável, uma vez que vários decorrem especificamente da existência do vínculo matrimonial.

O primeiro deles remete aos efeitos sociais já examinados, colocando os cônjuges no *status* de casado, bem como gerando o parentesco por afinidade⁵⁹⁹ e provocando a antecipação de maioridade para o cônjuge que seja incapaz por tal motivo.⁶⁰⁰ Em se tratando de união estável, estes não ocorrem pois seu fato gerador reside precisamente na existência de um vínculo jurídico matrimonial. São situações em que a diferença é claramente demarcada.

Na esfera patrimonial, o casamento se caracteriza pela necessária adoção de um regime de bens, escolha informada pelo princípio da liberdade das convenções antenupciais,⁶⁰¹ que pode ser o regime legal ou supletivo,⁶⁰² um

⁵⁹⁸ RAMOS, *Famílias*, p. 120.

⁵⁹⁹ O parentesco por afinidade é tratado pelo ordenamento jurídico nos seguintes termos: "Cada cônjuge é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.", redação que pode ser encontrada tanto no artigo 334 do Código Civil de 1916 como no artigo 1595, *caput*, do Código Civil de 2002.

⁶⁰⁰ A antecipação de maioridade pelo casamento também recebe tratamento idêntico em ambos os diplomas legais, no artigo 9º, parágrafo único, II, do Código Civil de 1916, e no artigo 5º, parágrafo único, II, do Código Civil de 2002.

⁶⁰¹ Trata-se da possibilidade legal pela qual "os nubentes podem, dentro dos limites da lei, regular o regime de bens do casamento, celebrando convenção ou pacto antenupcial." (OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 365.)

⁶⁰² Que é a comunhão parcial nos termos do artigo 258 do Código Civil de 1916 e do artigo 1640 do Código Civil de 2002.

escolhido dentre aqueles descritos pelo Código Civil brasileiro ou outro, com conteúdo construído pelos cônjuges, ou o regime de separação legal de bens, conforme hipótese descrita em lei⁶⁰³. Na união estável não há que se falar em adoção de regime de bens, até porque não há um ato inicial formal, mas sim em construção patrimonial que, nos termos do novo Código Civil,⁶⁰⁴ terá seu conteúdo subsidiado pela regulamentação da comunhão parcial de bens, salvo se houver convenção dos companheiros que disponha de forma diversa.

No que tange aos filhos, a união dos pais produzirá efeitos diferenciados unicamente no que diz respeito à incidência da presunção *pater is est*, que tem como requisito a existência de casamento entre os genitores.⁶⁰⁵ Na união estável, diante da ausência de vínculo jurídico,⁶⁰⁶ o estabelecimento se dá com o reconhecimento, que pode ser voluntário ou judicial, dependendo da situação concreta.⁶⁰⁷

O fim da união também segue um rito específico, determinado pela existência ou não de um vínculo jurídico matrimonial. Um casamento somente chega ao fim quando há a intervenção do Poder Judiciário, que reconhece o fim da comunhão de vida ou do vínculo propriamente dito, nos termos descritos pelo ordenamento jurídico.⁶⁰⁸

Já a união estável deixa de existir quando os companheiros simplesmente colocam fim à convivência, tornando realidade o reflexo de uma decisão pessoal,

⁶⁰³ Desde que configurada uma das hipóteses descritas no artigo 258, parágrafo único, do Código Civil de 1916 ou no artigo 1641 do Código Civil de 2002.

⁶⁰⁴ Tal é a disposição do artigo 1725 do Código Civil brasileiro de 2002: "Na união estável, salvo convenção válida entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens."

⁶⁰⁵ Trata-se de uma presunção legal, prevista no artigo 338 do Código Civil de 1916 e no artigo 1597 do Código Civil de 2002. Mais sobre o tema, ver FACHIN, **Estabelecimento**, já referenciado.

⁶⁰⁶ GOMES, **Direito de família**, p. 48.

⁶⁰⁷ O reconhecimento de filho poderá ser feito nos termos da Lei 8.560, de 29 de dezembro de 1992 até que entre em vigor o Código Civil de 2002, que regulamenta a questão no artigo 1609 e seguintes

⁶⁰⁸ Trata-se da Lei 6.515/77 que orientará as rupturas até a vigência do Código Civil de 2002, que trata do tema no artigo 1571 e seguintes.

independente de processo ou qualquer justificação judicial.⁶⁰⁹ Se for levada ao Poder Judiciário, tem, num mesmo ato, o reconhecimento de sua existência e de sua extinção, no qual se verificam, além disso, possíveis efeitos que tal convivência possa ter produzido no plano patrimonial.

Todavia, nem só em diferenças assentam a situação dos cônjuges e companheiros posto que o próprio ordenamento jurídico dá tratamento semelhante em algumas situações, especialmente patrimoniais. Tal é o caso da concessão de alimentos, exigível entre os cônjuges,⁶¹⁰ cuja previsão legal para os companheiros passou a figurar em texto de lei a partir de 1994,⁶¹¹ dando-lhes legitimidade para que pudessem pleiteá-los judicialmente. Em ambas hipóteses, é indispensável que se provem os requisitos de concessão: a necessidade de quem pede, a possibilidade de quem paga e o vínculo jurídico autorizador.⁶¹²

A sucessão também sentiu os efeitos da recepção da união estável na esfera da família, especialmente quando o legislador ordinário incluiu o companheiro no rol de herdeiros,⁶¹³ em posição idêntica àquela do cônjuge na ordem de vocação hereditária, lhe assegurou a condição de companheiro meeiro,⁶¹⁴ o direito real de habitação, enquanto viver e não constituir nova união,⁶¹⁵ e o direito ao usufruto dos bens do *de cujus* nos termos legais.⁶¹⁶ Todavia, uma vez vigente o novo Código

⁶⁰⁹ GOMES, **Direito de família**, p. 48.

⁶¹⁰ O fundamento legal reside na obrigação de mútua assistência material, descrita no rol de deveres cujo conteúdo pessoal é objeto de reflexão e crítica neste trabalho.

⁶¹¹ Trata-se da Lei 8971, de 29 de dezembro de 1994, no artigo 1º, cuja disposição correspondente encontra-se no artigo 1694 do Código Civil de 2002, nos seguintes termos: "Podem os parentes, os cônjuges ou conviventes pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação."

⁶¹² CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 3 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998. p. 744 e seguintes.

⁶¹³ Conforme disposto no artigo 2º, III, da Lei 8971/94.

⁶¹⁴ Conforme disposto no artigo 3º, da Lei 8971/94.

⁶¹⁵ Conforme disposto no artigo 7º, parágrafo único, da Lei 9278/96. A inclusão deste dispositivo legal gerou discussão doutrinária

⁶¹⁶ Conforme disposto no artigo 2º, I e II, da Lei 8971/94. A inclusão deste dispositivo legal, associada ao disposto no artigo 7º, parágrafo único, da Lei 9278, gerou discussão doutrinária acerca do maior benefício ao companheiro na medida em que, em se tratando de casamento, a concessão

Civil, instala-se neste ponto uma diferença que consiste na condição de herdeiro necessário reconhecido ao cônjuge, qualidade não atribuída ao companheiro.⁶¹⁷

No que tange aos direitos e deveres recíprocos que integram legalmente o conteúdo pessoal da relação conjugal, uma leitura nos textos legais revela que se trata de um ponto de afastamento entre ambos os institutos, a partir do momento em que os estabeleceu diferentes. Todavia, neste ponto é necessário tecer algumas considerações mais detidas acerca do tema, uma vez que a leitura proposta incide exatamente neste ponto.

2 CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL: UMA CONJUGALIDADE

Uma vez constituída a união, o ato que lhe deu origem, seja o casamento ou a simples vontade do casal, dá lugar para que se construa a relação conjugal propriamente dita, pode se dizer uma conjugalidade, segundo a qual o casal compartilhará de um mesmo espaço relacional e as cenas do cotidiano terão como pano de fundo uma família.⁶¹⁸

O legislador de 1916, atendendo aos pressupostos vigentes quando da estruturação do sistema jurídico, contemplou a segurança jurídica e a completude do sistema descrevendo minuciosamente todos os aspectos do casamento, detendo-se, inclusive, em seu conteúdo pessoal, restrito à esfera privada e íntima.

Traçado o roteiro codificado, em seu texto original, tem-se a determinação dos comportamentos a serem observados pelo casal, cercados de medidas que assegurem sua efetivação e que se traduzem basicamente na possibilidade da

tanto do usufruto como do direito real de habitação dependem do regime de bens adotado, nos termos do artigo 1611, §§ 1º e 2º do Código Civil de 1916. O texto do Código Civil de 2002 altera a situação na medida em que o artigo 1831 garante o direito real de habitação do imóvel destinado à residência da família ao cônjuge sobrevivente, independente do regime de bens, desde que seja o único bem desta natureza a inventariar. Em relação ao usufruto, não há previsão legal na medida em que o cônjuge passa a figurar como herdeiro necessário, o que não ocorria antes.

⁶¹⁷ Conforme o disposto no artigo 1845 do Código Civil brasileiro de 2002: "São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge."

⁶¹⁸ Nestes termos, pondera Pietro PERLINGIERI que "Existe portanto uma não-identidade de função entre as duas formas de convivência e isso proíbe de assimilá-las no tratamento jurídico. Não-identidade de função no específico, já que ambas, ao contrário, se encaixam, como já foi dito, no quadro e na função geral próprios de cada formação social: o desenvolvimento da personalidade de seus componentes." (*Perfis*, p. 255-6)

violação dar ensejo a uma punição, a ruptura fundada na culpa e a conseqüente incidência dos efeitos legais.⁶¹⁹

Quando a união estável ingressou no sistema jurídico e se elaborou uma legislação ordinária correspondente, sua estruturação se deu a partir da imagem do casamento, embora o conteúdo não tenha sido idêntico. Desta sorte, é possível encontrar tanto na Lei 9.278/96 como no artigo 1724 do novo Código Civil uma relação de direitos e deveres recíprocos. Trata-se, em verdade, de uma sugestão de comportamento, feita pelo legislador, a exemplo do que já havia sido feito no casamento.

Todavia, pode se afirmar que entre ambos há uma diferença significativa, que assenta na função que o estabelecimento de deveres tem em se tratando de união estável. Se no casamento há um efetivo mecanismo de controle, um caráter punitivo representado pela possibilidade de separação fundada na culpa, não há tal previsão neste caso, de modo que não se pode cogitar a dissolução de uma união estável fundada na culpa.

Nos moldes tradicionais do sistema, trata-se de um dispositivo legal meramente enunciativo que, de certa forma, está despido de uma tutela na medida em que não há uma correspondente previsão legal que garanta a concretização de tal dever.

Essa sistemática é semelhante àquela existente no modelo germânico de conteúdo pessoal do casamento. Naquele sistema jurídico, não há que se falar em culpa para a ruptura da união, que se dá de forma objetiva. Há a previsão legal de uma ação de constituição da vida conjugal, possível "se o cônjuge não cumpre com sua obrigação da vida conjugal" decorrente do artigo 1353, I, frase 2, BGB.

Esta ação também pode ser utilizada para que o cônjuge cesse uma atitude incompatível com as obrigações da vida conjugal. Todavia, como informa Wilfried SCHLÜTTER, a sentença não pode ser executada, de forma que tal ação "é de pouca importância prática."⁶²⁰

⁶¹⁹ Tanto as hipóteses de violação dos deveres conjugais como os efeitos de uma separação por culpa serão objeto de análise em tópico à frente.

⁶²⁰ SCHLÜTTER, Wilfried. **BGB - Familienrecht**. 9 ed. Heidelberg, 2001. p. 34. Em idioma original: "von geringer praktischer Bedeutung"

A justificativa para tanto reside no fato de que "a ordem jurídica não pode determinar de forma coercitiva que os cônjuges devam amar-se, tampouco que casamentos devam romper-se. Grande parte das obrigações matrimoniais não tem, portanto, nenhum grau maior de coercitividade",⁶²¹ sendo "meros dispositivos não obrigatórios ou incumbências."⁶²²

A par destas reflexões iniciais, dois aspectos deles decorrentes podem ser inferidos. Um deles remete ao tratamento diferenciado para situações idênticas que é a conjugalidade. Outro diz respeito à intervenção estatal numa esfera privada e restrita aos cônjuges que é o caráter pessoal da relação, que será objeto de exame no próximo capítulo.

Uma vez estabelecida a união conjugal, por qualquer das formas recepcionadas pelo sistema jurídico, seu conteúdo se traduz em um conjunto de atribuições, compostas por deveres explícitos e implícitos, que incumbirão aos cônjuges, sobre os quais já se teceram considerações.

O legislador, intervindo neste aspecto, estabeleceu alguns deles como efeito da união propriamente dita. Na medida em que fez isso, e o fez tanto para o casamento como para a união estável, revelou o que entendia ser o conteúdo jurídico pessoal de cada uma delas.

Num simples passar de olhos pelo texto legal,⁶²³ observa-se que, aos olhos do legislador, os conteúdos são diversos. Duas formas de constituir conjugalidade, duas conjugalidades diversas? Ou duas formas de constituir uma mesma conjugalidade, pautada em idênticos princípios, gerando uma mesma família, a conjugalizada?

Se a leitura partir do modo de constituição, a primeira interrogativa tem resposta positiva. Todavia, se for abstraída a forma de constituição da relação conjugal, e somente a conjugalidade for posta em tela, é possível constatar que entre ambas há uma significativa identificação, que repousa em sua particularidade,

⁶²¹ REBMANN, Kurt. (Redator) **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch** : Band 5, Familienrecht (§§ 1297-1921. Munique, 1978. p. 85.

⁶²² REBMANN, op. cit., p. 85.

⁶²³ Os dispositivos legais a que se refere o texto são os seguintes para o casamento: artigo 231 do Código Civil de 1916 e artigo 1566 do Código Civil de 2002. Para a união estável o artigo 2º da Lei 9278/96 e o artigo 1724 do Código Civil de 2002.

vale dizer, nas características e pactos internos que tornam cada relação conjugal única.

E é precisamente este reconhecimento da diferença existente entre cada uma delas que permite dizê-las iguais, dignas de receberem idêntico tratamento por parte do legislador, pondo fim a qualquer sombra de dúvidas que possa pairar sobre se um dever está ou não compreendido naquela conjugalidade em especial.⁶²⁴ Indo um pouco além, recebendo um tratamento que não interfira na esfera privada conjugal, em que uma reflexão desta ordem sequer teria espaço posto que não se trata de um tema da esfera jurídica.

Entretanto, observando os dois conteúdos dos deveres pessoais e destacando que o texto constitucional contemplou unicamente a diferença de modo de constituição no lugar de conteúdo, é possível afirmar que o legislador ordinário diferenciou o que o texto constitucional não diferencia, e, para além disso, aquilo que a situação concreta não exige uma desigualdade de texto legal para promover a igualdade material.

Neste ponto, ao contrário e somente a título de argumentação, se o entendimento fosse pelo cabimento de uma legislação que determinasse o conteúdo pessoal da relação conjugal, ela deveria ser idêntica para ambas as formas de constituição de família posto que neste aspecto elas não se diferenciam.

Observa-se um tratamento legal que ofende a igualdade constitucional na medida em que trata de forma diferente pessoas que se encontram em situação típica idêntica e, por via de consequência, ofende à dignidade das pessoas que nelas se encontram.

Se a existência de um vínculo conjugal era o passaporte de ingresso para o reconhecimento jurídico de família no sistema codificado, operando-se a exclusão das demais formas de união, talvez isso pudesse sustentar um desenho diferente do conteúdo pessoal para uniões não matrimonializadas posto que a tutela ao vínculo se sobrepunha aos sujeitos que faziam parte daquela relação.

⁶²⁴ A referência é à fidelidade e à vida comum sob o mesmo teto, contempladas no casamento e não expressas na união estável. Sobre a fidelidade, é de se questionar se tal noção "possa ser encontrada no âmbito do respeito e da consideração mútua", como explica Luiz Edson FACHIN, (**Elementos**, p. 77) ou se o que houve foi um juízo de valor do legislador, que, ao dar lugar no texto de lei a uma união despida de vínculo conjugal, entendeu-a de segunda categoria, sendo portanto desnecessário assegurar o primeiro dos deveres conjugais: ser fiel. O texto do novo Código Civil mantém a fidelidade e acrescenta o respeito, o que é ainda mais significativo.

Todavia, em que pese a existência de um vínculo como produtor de efeitos jurídicos sociais e patrimoniais específicos, o que não se contesta, o sistema constitucionalizado elegeu outro valor, a pessoa, de modo que não se justifica, no que tange ao aspecto pessoal, a manutenção de um tratamento diferenciado,⁶²⁵ posto que ofende diretamente ao princípio da igualdade sustentado pela tutela prioritária aos sujeitos e não ao vínculo.⁶²⁶

Como assevera Gustavo TEPEDINO, "(...) a comunidade familiar, segundo a nova ordem pública constitucional, não expressa um valor superior às pessoas, sendo tutelada somente na exata medida em que for capaz de preservar a dignidade da mulher, do homem e dos filhos."⁶²⁷

Diante de tal argumento já existiria motivo suficiente para afirmar a revogação tácita da regulamentação das relações pessoais entre os cônjuges e companheiros. Viver junto é viver junto, independentemente de como a união foi constituída. Não se trata de poder escolher qual gama de direitos e deveres pessoais recíprocos comporão a relação a partir de um vínculo, que com isso resta valorizado, de modo que o silêncio legal acerca de um deles implica sua não exigibilidade.

Trata-se, sim, de compor o aspecto pessoal da união observando os princípios que orientam as relações conjugais como um todo, especialmente os de caráter constitucional, que se estruturam em torno da tutela prioritária da dignidade da pessoa humana e buscam o desenvolvimento da personalidade dos sujeitos.

Todavia, o legislador ordinário optou por estabelecer expressamente deveres e por diferenciá-los a partir do vínculo conjugal. Os efeitos concretos podem

⁶²⁵ Embora, é preciso que fique claro, não se concorde com a sistemática de descrição dos ditos deveres pelo texto legal.

⁶²⁶ Trata-se de realizar o procedimento apontado por Celso Antônio Bandeira de MELLO, investigando, "de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada." (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo : Malheiros, 1998. p. 38.)

⁶²⁷ O contexto de isonomia enfocado pelo autor foi o conjugal, mediante a afirmação de que "A igualdade entre os cônjuges, assegurada constitucionalmente, também pode gerar atritos, os quais, contudo, jamais deverão ser dirimidos em prejuízo da isonomia, (...)". (TEPEDINO, Gustavo. O papel da culpa na separação e no divórcio. In.: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. p. p. 385.)

ser sentidos na medida em que se examina sua natureza jurídica e os efeitos de seu estabelecimento numa ruptura.

3 A NATUREZA DAS REGRAS CONCERNENTES AOS DEVERES CONJUGAIS

Os direitos pessoais de família, já examinados, fazem parte das regras ditas imperativas, vale dizer, "normas que são inderrogáveis pela vontade dos particulares."⁶²⁸ Tal categoria de normas, também denominadas cogentes⁶²⁹ ou normas de interesse e ordem pública,⁶³⁰ é caracterizada por sua inderrogabilidade, de modo que os interessados "não podem estabelecer a ordenação de suas relações jurídicas familiares, porque esta se encontra expressa e imperativamente prevista na lei."⁶³¹

São portanto, direitos indisponíveis, afastados da possibilidade de qualquer disposição diversa daquela legal, de modo que sua incidência, em princípio, é certa. No plano negocial, são direitos que não podem figurar como objeto, como, por exemplo, o conteúdo da autoridade parental/familiar ou o reconhecimento de filho a termo ou sob condição.⁶³² A justificativa reside no interesse a ser tutelado, o do filho, mais frágil nesta relação, o que requer uma intervenção estatal dirigida e precisa no plano legal ordinário.

No plano processual, são direitos em relação aos quais não se admite revelia,⁶³³ posto que a indisponibilidade suplanta o silêncio do interessado. Desta sorte, além da revelia, é indispensável a produção de provas que sustentem o alegado.

⁶²⁸ OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 17.

⁶²⁹ AMARAL, **Direito**, 71.

⁶³⁰ OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 17.

⁶³¹ OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 17.

⁶³² OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 17.

⁶³³ Conforme o disposto no artigo 320, II, da Lei 5.869/73, o Código de Processo Civil, nos seguintes termos: "A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente: II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis."

Na categoria dos direitos pessoais de família, a conjugalidade, em sua perspectiva jurídica, enquanto um conjunto de direitos e deveres de ordem pessoal tem seu tratamento doutrinário encaminhado para a indisponibilidade.⁶³⁴ Assim, os cônjuges adotam os deveres na medida em que se unem e sobre eles não podem dispor diversamente. Esta característica, em princípio, não permitiria que qualquer violação de dever fosse passível de renúncia válida por parte do ofendido.

Todavia, isso não acontece. É impossível precisar quantas violações a 'deveres conjugais' já foram perpetradas mas não foram levadas a conhecimento judicial. Além disso, quantas o foram, mas, levadas ao conhecimento judicial, foram afastadas ou desconsideradas como, por exemplo, num caso de abandono do domicílio conjugal por mais de um ano, tendo ele ocorrido simplesmente ou proveniente de outro motivo,⁶³⁵ quando a ruptura se dá de forma mais objetiva, com a verificação da decorrência do prazo.

Nesse caso, a indisponibilidade dos deveres conjugais não apresenta tal característica em toda extensão, uma vez que é precisamente a vontade do titular - ou sua ausência caracterizada pelo decorrer do tempo - que afasta sua incidência, revelando que sua cogência tem caráter relativo. Se assim não o fosse, independentemente de já ter transcorrido qualquer tempo, a violação nunca seria ilidida, podendo a qualquer momento ser invocada em juízo.

Observa-se que a cogência dos deveres conjugais é relativa exatamente no ponto em que ela, segundo a lógica que a informa, deveria se fazer sentir com toda força, impedindo que os cônjuges pudessem fazer incidir sua vontade em qualquer situação. Uma cogência absoluta levava a uma união indissolúvel, como ocorria quando a indissolubilidade do vínculo era regra.⁶³⁶

⁶³⁴ Gomes, **Direito**, p. 05; PEREIRA, Caio op. cit., p. 21; OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 17.

⁶³⁵ Tal é o caso da Apelação Cível n.º 70000859983, Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 22.12.2000, TJRS, em que o pedido de separação se funda em abandono do domicílio conjugal mas o reconhecimento judicial da ruptura tem caráter objetivo, dispensando "a identificação de um culpado pela separação (...) mormente se, à época da sentença, já havia decorrido um ano do fim da vida em comum."

⁶³⁶ Conforme exposto no voto do Des. Clarindo Favretto, "Constituem direitos exclusivos e disponíveis do marido e da mulher a manutenção ou a dissolução da sociedade familiar constituída pelo casamento ou pela união estável. A indisponibilidade do direito, até bem pouco, residia na indissolubilidade do casamento," Durante a vigência desta proibição, "era disponível ao homem e à mulher a constituição do vínculo matrimonial, mas não era disponível esse mesmo direito para a sua

Desta forma, é possível, dentro da categoria dos direitos indisponíveis, encontrar duas espécies, os absolutamente e os relativamente indisponíveis. Os primeiros respondem à totalidade das características, como, por exemplo, casos de guarda, de modo que não são passíveis da incidência de qualquer vontade do titular que possa produzir efeitos jurídicos e, por tal motivo, estão afastados da incidência da revelia no plano processual, sendo necessária instrução processual.

Já os relativamente indisponíveis tem tal característica temperada na medida em que, em determinadas situações, já se reconhece uma parcela de disponibilidade, como é o caso dos deveres pessoais conjugais. Em ação de separação litigiosa ajuizada com fundamento na insuportabilidade da vida comum provocada pelo marido, seguida de abandono, este, citado pessoalmente, não contestou os fatos apresentados.

O juiz de primeiro grau não reconheceu a revelia posto que se tratava de direito indisponível e que "seria necessário, mesmo com a revelia do réu, provar se realmente houve culpa deste a justificar a dissolução da sociedade conjugal, mormente porque na separação litigiosa existem efeitos de cunho moral, sentimental e patrimonial,"⁶³⁷

Tal decisão foi reformada em segundo grau, por unanimidade de votos, sob o fundamento de que os direitos indisponíveis são gênero que se biparte em duas espécies, os absolutamente e os relativamente indisponíveis, além de poderem tratar somente do interesse de uma das partes.

Em relação a eles, é necessário reconhecer a diferença, inclusive no plano processual, para que se possa ter a produção da revelia. Mas, "somente nos litígios que versem sobre direitos absolutamente indisponíveis é que opera a inaplicabilidade dos mencionados efeitos da revelia. (...) por exemplo, nas demandas que envolvem guarda de menores, destituição de pátrio poder e outras, nas quais a

dissolução. A norma constitucional impunha o vitaliciamento matrimonial, cujo direito de dissolução permaneceu como reserva especial do Estado, que só a permitia nos casos rigorosamente expressos e sob sua fiscalização direta." (Apelação Cível n.º 591045836, Rel. Des. Clarindo Favretto, j. 10.10.91, TJRS)

⁶³⁷ Conforme Apelação Cível n.º 000.210.747-2/00, Comarca de Belo Horizonte, Apelante E. de O. X. P. Apelado F. S. X. P. Relator: Exmo. Sr. Des. Hyarco Immesi. 18.10.2001. Publ. 14.11.2001. TJMG.

vinculação do direito ao sujeito é de tal ordem que este não pode dispor livremente daquele."⁶³⁸

Nos casos em que a indisponibilidade é dita relativa, "tem perfeita aplicabilidade o instituto da revelia, com todos os seus efeitos, o que vale dizer, na ausência de contestação, o juiz poderá presumir à conta de verdadeiros os fatos articulados pelo autor e, em decorrência, até mesmo dispensar a instrução e julgar antecipadamente a lide."⁶³⁹

Noutras palavras, é possível observar que a afirmação corrente na doutrina acerca da indisponibilidade dos deveres conjugais já vem recebendo uma interpretação temperada com a possibilidade de, no plano processual, ser afastada. E, para além disso, se ter a expressa afirmação de que "Este direito não só pode, como deve ser preservado à parte como reserva de governo que tem sobre sua própria pessoa, não podendo, o Juiz, impor constrangimento e o vexame causados pela instrução processual, para provar uma verdade contra o réu que pacificamente a aceitou sem contestá-la."⁶⁴⁰

Isso aponta um caminho que já leva ao reconhecimento da liberdade aos cônjuges de estabelecerem os termos em que se desenvolverá a relação conjugal. Certamente há um mínimo, pautado pelos princípios constitucionais, independentemente de serem os deveres expressos em lei ou não. Mas também há que se reconhecer a liberdade de dar à própria vida o encaminhamento que entender ser o melhor, seja estabelecendo o conteúdo da própria relação conjugal, ou não exercitando os direitos decorrentes dos deveres conjugais por razões próprias.

⁶³⁸ A. C. n.º 000.210.747-2/00.

⁶³⁹ A. C. n.º 000.210.747-2/00. Assevera o relator Hyarco Immesi que, embora tímida a jurisprudência neste sentido, "na hipótese de separação litigiosa na qual o casamento já suplantou o biênio inicial, no que diz respeito aos fatos ensejadores da dissolução forçada, outra posição se espelha, sendo admitida. (...) se é assegurado aos cônjuges convecionarem a dissolução consensual da sociedade conjugal, com maior razão podem reconhecer ou deixar de contestar os fatos configurativos da causa legal de separação litigiosa, pois no que concerne ao exercício dessas faculdades reina absoluta disponibilidade." (A. C. n.º 000.210.747-2/00.)

⁶⁴⁰ Apelação Cível n.º 591045836, Rel. Des. Clarindo Favretto, j. 19.10.91, TJRS.

Todavia, enquanto esta posição não ganha mais espaço no plano doutrinário e jurisprudencial, é necessário que se examine que reflexos o estabelecimento de deveres conjugais produz na seara jurídica.

4 REFLEXOS DO ESTABELECIMENTO DOS DEVERES CONJUGAIS

O estabelecimento de deveres conjugais pelos textos codificados, em princípio, não traduzem mais do que os comportamentos necessários para que qualquer união possa ter continuidade se associada à manutenção do afeto que também a motivou.

Respeitar e ser respeitado, assistir e ser assistido moral e materialmente, querer ficar junto, com dedicação pessoal ampla e exclusiva são premissas que, em princípio, informam as relações conjugais.

Este conteúdo é informado, no plano constitucional, pelos princípios orientadores das relações de família, que decorrem da dignidade, num processo de densificação, e implicam igualdade, em solidariedade, em liberdade, em respeito, em responsabilidade que, junto a outros que possam informar relações concretas, refletem a tutela estatal do desenvolvimento pleno das personalidades dos cônjuges.

Quem constitui uma relação conjugal não cogita, em seu início, que um dia ela possa ter um fim.⁶⁴¹ Talvez os contos de fadas tenham uma boa parcela da responsabilidade por essa idéia pois eles sempre acabam quando FIM é escrito e cujo significado nada mais é do que o contador de história dizendo "não vou contar a vocês o que aconteceu depois disso..." Isso porque a vida entrou no ritmo normal e talvez a Bela Adormecida tenha retomado seu sono bem na noite de núpcias, a Cinderela não tenha gostado do comportamento do Príncipe logo depois do casamento e tenha achado que viver só era melhor, a Branca de Neve tenha descoberto que o seu Príncipe tinha mau hálito, decorrente de outra história, em que ele era um sapo... Mas o livro já havia sido fechado.

⁶⁴¹ Antony GUIDDENS, ao tratar do sentido de relação pura, destaca o papel da vontade de entrar, de permanecer e de sair, de modo que, embora não se cogite seu fim, tal possibilidade não pode ser ignorada por completo. Mesmo porque se constitui numa situação a ser afastada na medida em que os cônjuges efetivamente decidam dar continuidade àquela união. (op. cit., p. 69.)

O fato é que uma união conjugal é um processo de construção quotidiana, em que os cônjuges são os principais responsáveis pela existência e depende exclusivamente deles a continuidade. Embalados pelo amor que os conduz à união, é também com base nele, e noutros aspectos que entendam ser relevantes e que decorrem de pactos internos, que a união se prolongará. E terá a duração na exata proporção que a vontade de ambos der sustentação,⁶⁴² pois a "liberdade de ir-se dá consistência à decisão de permanecer, renovada a cada momento na opacidade cinzenta do quotidiano."⁶⁴³

Todavia o legislador optou por imputar um conteúdo específico, cujo alcance transcende o interno da relação conjugal, dando mecanismos de garantia de sua implementação com a atribuição de uma penalidade civil a seu não cumprimento: a separação fundada na culpa, que tem como causas a violação dos deveres conjugais explícitos e dos implícitos, estes sob a denominação de conduta desonrosa.⁶⁴⁴

Trata-se da modalidade de separação denominada sanção, cuja base de sustentação é o princípio da culpa. Surge sob a influência do protestantismo, com o sentido de uma penalidade ao cônjuge que tenha cometido adultério, sendo, num segundo momento, outros fundamentos acrescentados a este.⁶⁴⁵ Tem um caráter

⁶⁴² Conforme afirma o Des. Rui Portanova, "as causas da separação, tal como vistas nos tribunais e tal como vistas na lei, pecam pelo que há de mais elementar, pelo que há de mais simples e pelo que há de mais real na vida de todos os casais. A gente se une e a gente se separa em nome do amor. E esta causa que é a verdadeira causa de todas as separações e a verdadeira causa de todas as uniões. Não está na lei, mas deveria estar." (Apelação Cível n.º 70002016665, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 19.04.2001, TJRS) Concorde-se com a afirmação de que o amor impulsiona a união e a desunião. Todavia, não se compartilha da idéia de que ele deva ser causa legal de separação posto que não se concorda com a enumeração de causas e tampouco de deveres conjugais, dentre os quais o amor. O que se postula é o reconhecimento, pelo sistema jurídico, de uma esfera de não intervenção legal ordinária, um espaço de reserva de intimidade em que os cônjuges têm pleno controle da condução quotidiana e ordinária de sua relação conjugal.

⁶⁴³ VILLELA, João Baptista. **Liberdade e família**. Monografia. Belo Horizonte : Faculdade de Direito da UFMG, 1980. p. 20.

⁶⁴⁴ A Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977 prevê, no *caput* do artigo 5º esta modalidade nos seguintes termos: "A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum." As linhas gerais do texto foram mantidas no novo Código Civil, no artigo 1572, com a seguinte grafia: "Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum."

⁶⁴⁵ OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 448.

repressivo e penal, quase inquisidor, cuja incidência é restrita aos ilícitos conjugais.⁶⁴⁶

Nortear a decisão de ruptura da comunhão de vida na culpa equívale a fazer um juízo de valor, ou, segundo José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ, uma "censura ético-jurídica ao comportamento de uma das partes",⁶⁴⁷ vale dizer, a avaliação e o controle jurídico do desempenho do papel de cônjuge na manutenção do vínculo conjugal.

A comprovação da culpa de um dos cônjuges é elemento suficiente e indispensável para a declaração judicial desta forma de dissolução de comunhão de vida. Observa-se que, uma vez tendo sido ela argüida, a insuficiência de provas mantém unido juridicamente um casal cuja relação já não apresenta condições de continuidade. O simples encaminhamento de um pedido de separação já é um forte indicativo disto.

Como consequência desta modalidade, originariamente o legislador acabou estabelecendo um conjunto de efeitos decorrentes da separação sanção, tais como a perda da guarda dos filhos,⁶⁴⁸ a perda do uso do nome de família pela mulher vencida na separação judicial,⁶⁴⁹ a imputação da condição de alimentante para o

⁶⁴⁶ A expressão, aqui, tem o sentido de violação dos deveres conjugais. Tal ilicitude qualificaria o ato da forma necessária a uma possível reparação de dano posterior.

⁶⁴⁷ OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 449.

⁶⁴⁸ Conforme estabelece o artigo 10 da Lei 6.515/77, nos seguintes termos: "Na separação judicial fundada no *caput* do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa." Entretanto, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o princípio que norteia qualquer decisão de guarda é o interesse maior do filho. Sobre o tema ver CARBONERA, **Guarda**, obra já referenciada.

⁶⁴⁹ Tal disposição encontra-se no artigo 17 da Lei 6.515/77, com a seguinte redação: "Vencida na ação de separação judicial (art. 5º, *caput*), voltará a mulher a usar o nome de solteira." Entretanto, o parágrafo único do artigo 25 da mesma lei estabelece que "A sentença de conversão determinará que a mulher volte a usar o nome que tinha antes de contrair matrimônio, só conservando o nome de família do ex-marido se a alteração prevista neste artigo acarretar: I - evidente prejuízo para a sua identificação; II - manifesta distinção entre os seu nome e o dos filhos havidos da união dissolvida."

Nestes termos, Regina Beatriz Tavares Papa dos SANTOS aduz que "somente nesses casos de possibilidade de conservação do patronímico marital, após a conversão da separação judicial em divórcio, a perda pela mulher desse direitos, por ter sido culpada pela dissolução da sociedade conjugal, constitui-se efetivamente em sanção pela violação de dever conjugal." (SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Reparação civil na separação e no divórcio**. São Paulo : Saraiva, 1999. p. 118). Sobre o tema, ver ALMEIDA, Silmara Juny de A Chinelato e. **Do nome da mulher casada** : Direito de família e direitos de personalidade. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2001.

responsável pela separação,⁶⁵⁰ revelando que o sentido de sanção transcendia os limites internos da relação conjugal e se fazia ver por todos, por meio dos efeitos decorrentes de tal forma de separação.⁶⁵¹ Com o texto aprovado do novo Código Civil, um efeito previsto em lei ao culpado é a perda do nome de família do outro, mediante expresse pedido do vencedor.

O Código Civil brasileiro de 2002, além de prever a separação culposa, reconhece na separação-falência⁶⁵² reflexos do conteúdo dos deveres conjugais ao enumerar, de forma não taxativa, motivos que possam dar causa à impossibilidade de comunhão de vida.⁶⁵³

O que deveria ser uma ruptura objetiva, em que "não está mais em jogo uma idéia de culpa nem uma preocupação sancionadora",⁶⁵⁴ mas somente a "cessação da comunhão de vida entre os cônjuges"⁶⁵⁵ acaba se revelando um critério misto na

⁶⁵⁰ O artigo 19 da Lei 6.515/77 estabelece que "O cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar." Sobre este tema, podem ser encontradas decisões que estabelecem automaticamente os alimentos em face da existência de culpa, como na Apelação Cível n.º 589015171, Rel. Des. Gervásio Barcellos, j. 06.06.90, TJRS, sob o fundamento de que "cabe-lhe, como cônjuge inocente, o recebimento da pensão". Em sentido contrário, do mesmo tribunal, Apelação Cível n.º 70000859983, já citado, em que a Rel. Des. Maria Berenice Dias afirma: "Nem para fins de reconhecimento do direito a alimento se faz mister indicar um culpado devedor e uma inocente credora. Baseando-se a obrigação alimentar no dever de mútua assistência, sua fixação está condicionada exclusivamente à possibilidade de um e à necessidade do outro para a determinação do pensionamento."

⁶⁵¹ As ações de família devem correr em segredo de justiça, de modo a proteger as pessoas nela envolvidas. Entretanto, a produção de tais efeitos, numa certa medida, acaba sendo uma extensão da penalidade a partir do momento em que torna pública a suspeita da forma pela qual aquela união chegou judicialmente ao fim. A sanção, vista sob esta ótica, foge da esfera privada da relação conjugal e adquire uma feição pública. Isso pode ser constatado, a título de ilustração, com uma simples leitura de ementa que apresenta o seguinte teor: "O coito anal, embora inserido na mecânica sexual, não integra o débito conjugal, porque este se destina à procriação. (...)" (Apelação Cível n.º 595166724, Rel. Des. Antônio Carlos Sangler Pereira, j. 07.03.1996, TJRS)

⁶⁵² "Art. 1573, § 1º - A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição."

⁶⁵³ "Art. 1573 - Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos: I - adultério; II - tentativa de morte; III - sevícia ou injúria grave; IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; V - condenação por crime infamante; VI - conduta desonrosa. Parágrafo único - o juiz poderá considerar outros fatos, que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum." Estes motivos são semelhantes àqueles determinados no texto original do Código Civil de 1916 como causa para desquite, prescritos no artigo 371: "A acção de desquite só se póde fundar em algum dos seguintes motivos: I - Adultério. II - Tentativa de morte. III - Sevícia, ou injúria grave. IV - Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois annos continuos."

⁶⁵⁴ OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 448.

⁶⁵⁵ OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 448.

medida em que conjuga ao prazo de um ano um elemento subjetivo, a prova de impossibilidade informada pela violação dos deveres conjugais.

De certa forma, isto já podia ser observado na separação-falência da Lei 6.515/77 que assenta num critério temporal objetivo de um ano de ruptura da vida em comum. Interessante observar que, nada obstante a concessão da separação respeite o prazo determinado em lei, agrega a ele a violação do dever conjugal de vida comum no domicílio conjugal. É como se o tempo tivesse uma varinha de condão capaz de fazer esquecer que isso, noutra modalidade, implicaria culpa. Ocorre que, em sendo provada a existência destes critérios, não há que se falar em culpa.⁶⁵⁶ Tampouco a incompatibilidade de gênios é suficiente para colocar fim ao vínculo de modo que os cônjuges ficarão eternamente casados se não houver uma violação de dever conjugal ou o consenso acerca da ruptura. Isto deixa ainda mais evidente o que efetivamente está sendo tutelado: o vínculo conjugal em detrimento de quem deveria ser prioridade.⁶⁵⁷

Observa-se, desta forma, que inexistindo consenso ou ruptura da comunhão de vida,⁶⁵⁸ resta aos cônjuges, dentro das hipóteses legais, buscar uma ruptura fundada na culpa de um deles, uma vez que o reconhecimento objetivo da falência da sociedade conjugal não é contemplado em lei, embora já seja possível encontrar decisões neste sentido.⁶⁵⁹

Todavia, é possível tecer algumas considerações acerca da culpa propriamente dita, mormente quando sua incidência acaba apontando para uma busca de manutenção de vínculo conjugal, em claro detrimento da tutela dos sujeitos.

⁶⁵⁶ Neste sentido veja-se a Apelação Cível n.º 70000859983, cit.

⁶⁵⁷ Sobre este tema, podem ser encontradas decisões no sentido indicado e em sentido contrário. No sentido indicado, ver Apelação Cível n.º 6.069-3, Rel. Des. Ivan Righi, j. 08.05.90, TJPR. Em sentido contrário, ver Apelação Cível n.º 597109453, Rel. Des. Breno Moreira Mussi, j. 27.11.97, TJRS; Apelação Cível n.º 70000410688, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 03.05.00, TJRS;

⁶⁵⁸ Trata-se das hipóteses de separação falência, disposta na Lei 6.515/77 no artigo 5º, § 1º, e no artigo 1572, § 1º, do Código Civil de 2002; da separação remédio, disposta no artigo 5º, §2º, da Lei 6.515/77 e no artigo 1572, § 2º, do Código Civil de 2002 e na separação consensual, disposta no artigo 4º da Lei 6.515/77 e no artigo 1574 do Código Civil de 2002. Tais hipóteses não serão examinadas a fundo neste trabalho, posto que o objetivo se restringe a examinar o que elas podem significar ao tema em análise.

⁶⁵⁹ Apelação Cível n.º 70000859983; Apelação Cível n.º 70002016665;

5 ELEMENTOS PARA UMA REFLEXÃO ACERCA DA CULPA

Uma vez estabelecidos um conjunto de deveres conjugais numa perspectiva de família informada pela prioritária tutela ao vínculo conjugal, fundada na busca de segurança jurídica e de completude do sistema, a possibilidade de atribuição da culpa no momento da ruptura revela-se um reforço à tentativa de manutenção do vínculo.

Carregada de um sentido punitivo,⁶⁶⁰ este acaba se concretizando em duas dimensões. Na perspectiva da conjugalidade, atribuir ao outro a culpa pelo fim da relação pode ter um significado de vingança particular, cujos motivos nem sempre são passíveis de determinação.⁶⁶¹

Como pondera Rodrigo da Cunha PEREIRA, "No fim do amor tendemos a justificar o fracasso da união, atribuindo ao outro uma culpa."⁶⁶² Cada cônjuge quer sair vitorioso, "como se houvesse um ganhador e um perdedor, sem se darem conta de que a separação é perda para ambos."⁶⁶³

No fim do amor.⁶⁶⁴ Ganhador e perdedor. Expressões que se entrelaçam para revelar elementos presentes numa ruptura em que reconhecer que o amor pode chegar ao fim é tão difícil e doloroso que se prefere não assumir o fracasso de

⁶⁶⁰ PEREIRA, Rodrigo. A culpa, obra já referenciada, p. 139.

⁶⁶¹ Explica Rodrigo da Cunha PEREIRA que "Investigar sobre a culpa é adentrar em uma das questões mais inquietantes do ser humano. É pensar na angústia existencial e na eterna luta entre o bem e o mal que há em cada um de nós." (op. cit., p. 139.)

⁶⁶² PEREIRA, Rodrigo. Op. cit., p. 147.

⁶⁶³ PEREIRA, Rodrigo. Op. cit., p. 146.

⁶⁶⁴ Como explicar o fim do amor? Talvez com a mesma expressão utilizada para explicar seu começo: aconteceu... É certo que o fim é fruto de um processo, construído quotidianamente, e por vezes de forma imperceptível, em que detalhes ganham corpo e acabam tornando a situação insustentável. Neste ponto os cônjuges se dão conta de que o conto de fadas era mesmo só um conto e a vida real contou outra história. O que foi um dia encontro, tornou-se desencontro. E aquele em quem um deles depositou sua esperança de ser feliz junto, se foi, levando com ele uma poupança de sonhos, esperanças, desejos, enfim, uma parte daquele que ficou, só. Vazio. Talvez porque tenha depositado nele, objeto do amor, a responsabilidade de o completar, como pontua Rodrigo da Cunha PEREIRA. (op. cit., p. 146.)

uma viagem, feita em busca de uma ilha desconhecida, e tampouco a responsabilidade de ter podido contribuir, de alguma forma, com aquele final, infeliz.

E se às expressões acima for agregada outra, relação jurídica, conjugal, tem-se um elemento a mais de reforço dos sentimentos de ganho e perda, precisamente porque sua estrutura remete à idéia de poder submeter o outro à sua vontade⁶⁶⁵ e, quando isto não acontece, pune-se o descumprimento com a execução do dever ou da sujeição. Neste caso, com o reconhecimento público da culpa pelo fracasso daquela união.

Como lembra Rodrigo da Cunha PEREIRA, "O Judiciário é lugar onde as partes depositam seus restos. O resto do amor e de uma conjugalidade que deixa sempre a sensação de que alguém foi enganado, traído."⁶⁶⁶

Chega-se ao sistema jurídico e, na perspectiva codificada, o que se vê é a utilização do sentido de culpa como um dos instrumentos de manutenção do vínculo conjugal pois,

tudo aquilo que pudesse representar uma ameaça ao casamento suscitava a hostilidade do legislador, sendo a unidade forma do casamento um valor superior ao interesse individual da mulher ou do marido que pretendessem se separar. Daqui decorria todo um regime rígido de preservação da estrutura familiar em torno do casamento, tanto no que concerne ao vínculo matrimonial, como no tocante à relação entre os cônjuges e à relação entre pais e filhos.⁶⁶⁷

E buscava-se a manutenção a quase qualquer preço, "mesmo se os cônjuges individualmente já não mantivessem qualquer vida em comum".⁶⁶⁸

Isto se fez a partir do sistema, inscrevendo nas hipóteses de dissolução a dificuldade de sua obtenção mediante o requisito de, em se tratando de ruptura subjetiva, provar grave violação dos deveres conjugais ou conduta desonrosa.⁶⁶⁹ E a

⁶⁶⁵ Remete-se novamente à Apelação Cível n.º 59516724, TJRS, em que se pode observar o sentido jurídico da sujeição "A mulher somente está sujeita à cópula vagínica e não a outras formas de satisfação sexual, que violentem sua integridade física e seus princípios morais." Trata-se do débito conjugal, vale dizer, do dever de relações sexuais, de um dever conjugal...

⁶⁶⁶ PEREIRA, Rodrigo. Op. cit., p. 138.

⁶⁶⁷ TEPEDINO, O papel, p. 382.

⁶⁶⁸ TEPEDINO, O papel, p. 382.

⁶⁶⁹ É interessante observar que a gravidade da violação, em determinados julgados, deve ser extrema para que seja concedida a separação pois, "Se não houver, nos autos, prova plena de

insuportabilidade da vida em comum, que chegando aos Tribunais, já dá um indicativo que o caldo da suportabilidade já entornou.⁶⁷⁰

Observa-se que nestes termos o sistema exige uma situação extrema, em que não há sequer uma possibilidade de manutenção do vínculo conjugal, para reconhecer juridicamente que a relação chegou ao fim. É como se a idéia de "extinção do casamento, mais do que retratar um fracasso conjugal anterior, representaria, em si próprio, um pecado social."⁶⁷¹ Pecado este purgado, em parte,⁶⁷² pela declaração de culpa e pela incidência dos efeitos legais.

A implementação dos mecanismos de proteção do vínculo passou pelo estabelecimento dos deveres conjugais, ligando sua violação a possíveis motivos de reconhecimento de culpa. Desta sorte, numa separação com tal fundamento, o juiz deve buscar neles a verdade material, representada pela determinação do real culpado pelo fim da relação. Nestes termos, é provocante a reflexão de Rodrigo da Cunha PEREIRA: Afinal, "quem traiu primeiro: aquele que não deu carinho e afeto, propiciando um espaço e esvaziamento da relação, ou quem foi buscar fora do casamento outra relação? O que o Direito considera como causa de uma separação pode não ser a causa, mas a consequência."⁶⁷³

A vinculação dos deveres à ruptura por culpa é um claro indicativo do tratamento dispensado pelo sistema em que o reconhecimento do valor do vínculo matrimonial se sobrepõe aos cônjuges.⁶⁷⁴ A possibilidade de exposição de

grave violação aos deveres matrimoniais, ou de conduta desonrosa imputada ao marido, não há que se decretar a dissolução da sociedade conjugal fundada na impossibilidade da vida em comum." (Ap. Civ. N.º 314, Rel. Des. Miracele de Souza Lopes Borges, j. 25.04.90, TJAC.)

⁶⁷⁰ Todavia, decisões recentes que examinam exclusivamente a insuportabilidade podem ser encontradas como a Apelação Cível n.º 70001502517, Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 22.11.2000, TJRS; Apelação Cível n.º 599474202 e n.º 599474194, Rel. Des. Lúcia de Castro Boller, j. 03.05.2000, TJRS.

⁶⁷¹ TEPEDINO, O papel, p. 371.

⁶⁷² E somente em parte pois quando da indissolubilidade do casamento, e mesmo com sua mudança, "era inegável o estigma da culpa atribuído a quem pretendesse se separar, sendo certo que, do ponto de vista cultural, o cônjuge desquitado, sobretudo o cônjuge-mulher, era visto com forte preconceito, como pessoa posta à margem das relações familiares." (TEPEDINO, O papel, p. 370.)

⁶⁷³ PEREIRA, Rodrigo. Op. cit., p. 138.

⁶⁷⁴ Neste sentido, é interessante o teor do voto do Desembargador Clarindo Favretto: "Não será o Juízo o melhor juiz do que o réu, a respeito do interesse e da conveniência de seu direito individual, contido no silêncio adotado. Ao Estado não interessa provar a conduta desonrosa e o

informações íntimas por um deles, embora também diga respeito ao outro, se traduz num incentivo à curiosidade alheia sobre o que acontece por detrás da porta do quarto do casal, e que somente a eles diz respeito.

Esta necessidade de exposição para chegar a uma ruptura unilateral por culpa desprestigia as pessoas na medida em que não se observa o preceito constitucional que garante a tutela da intimidade. Não se trata de valorar positiva ou negativamente o comportamento do cônjuge que tenha importado em inobservância de algum pacto interno ou princípio orientador da relação, mas sim de não expor ao olhar de terceiros assunto que diz respeito primordialmente a seu titular e, por via reflexa, ao cônjuge.

Na medida em que o reconhecimento da culpa importa em exposição de um ou ambos, isso se choca frontalmente com a tutela da intimidade. Ter *status* de cônjuge não legitima interferência na esfera íntima do outro, que a conserva independente do *status* que tem. Como pontuam José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ, "o casamento não confere a nenhum dos cônjuges o poder de interferência no espaço livre de configuração da própria vida do outro, uma vez que é incompatível com o respeito à personalidade do outro cônjuge qualquer reconhecimento de poder de fiscalização marital."⁶⁷⁵

Desta forma não é possível que, por exemplo, um deles utilize gravação de conversa telefônica para provar adultério do outro.⁶⁷⁶ Nada obstante a lei da escuta telefônica não contemple esta hipótese, o que a torna prova ilegal, o sentido de proteção é idêntico: o Estado só pode intervir na esfera íntima quando o interesse que está em jogo se sobrepõe ao interesse individual tutelado.⁶⁷⁷ E ainda assim superando-o mas não suprimindo-o.⁶⁷⁸

abandono voluntário do lar, por parte do varão, fatos imputados pela autora ao réu, se este não os contestou, pois que sua especial proteção não é à família já desfeita."(Apelação Cível n.º 591045836)

⁶⁷⁵ OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 311.

⁶⁷⁶ Veja-se o Recurso Especial 75.295-SP em que foi indeferida a utilização de fita gravada em escuta telefônica como prova de adultério do cônjuge por configurar violação de intimidade. (Recurso Especial 75.295-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 21.06.2001, STJ).

⁶⁷⁷ É o que explicitam Samuel WARREN e Louis BRANDEIS, que dentre as várias hipóteses de limitação ao direito de intimidade, vale dizer, como e quando tornar público não o ofende, apontam interesse público ou geral como o primeiro. (WARREN Samuel; BRANDEIS, Louis. **El derecho a la intimidad**. Madrid : Civitas, 1995. p. 62)

Importa considerar que os limites de intervenção na esfera íntima são de difícil visualização,⁶⁷⁹ mas possíveis na medida em que entre a tutela constitucional da intimidade conflite com a necessidade de tornar público um de seus aspectos como requisito processual para concessão de separação, sendo que esta poderia ser alcançada de outra forma, mais objetiva e menos lesiva aos sujeitos e sua dignidade. Sendo a tutela da dignidade princípio orientador, expor intimidade como requisito de ruptura de vínculo somente é justificável quando é o próprio vínculo que recebe tutela prioritária, o que não é o caso.⁶⁸⁰

A vinculação matrimonial não pode importar, para os cônjuges, em renúncia à tutela de intimidade e da possibilidade de escolhas pessoais. Se houve um comportamento que importe em violação de dever conjugal, e diante da dificuldade, poderia se dizer inclusive impossibilidade, de se estabelecer o real culpado, o Estado deve dar condições para que aquele que tenha se sentido agredido possa exercer, da forma menos lesiva a ele próprio e aos demais membros da família, sua vontade de sair ou de permanecer.

Opera-se, desta forma, uma inversão no sentido protetivo da tutela. Condicionando a ruptura à culpa e, conseqüentemente, à exposição dos cônjuges, tutela-se o vínculo e desresponsabilizam-se os cônjuges na medida em que eles não

⁶⁷⁸ Paulo José da COSTA JÚNIOR explica que "Hipóteses se configuram em que o interesse do indivíduo é superado pelo interesse público, justificando-se o sacrifício da intimidade. (...) Dissemos sacrifício. Vale dizer, redução, diminuição da intimidade e não sua eliminação total. Porque o interesse público haverá que se deter diante daquela esfera mais íntima da vida privada que, como tal, é inviolável. A intromissão, ali, do interesse público não encontraria justificação, degradando-se este a mera curiosidade." (COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só** : Tutela penal da intimidade. 2 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p.45)

⁶⁷⁹ Esta dificuldade é apontada por Samuel WARREN e Louis BRANDEIS: "Nos resta considerar quais são as limitações deste direito à intimidade e quais são as soluções que se podem dar para fazê-lo respeitar. Seria uma tarefa difícil determinar, adiantando-se à experiência, a exata fronteira na qual a dignidade e a conveniência do indivíduo devem ceder diante das exigências do bem estar geral ou da equidade." ("Queda por considerar cuáles son las limitaciones de este derecho a la intimidad y qué soluciones se pueden dar para hacerlo respetar. Sería una tarea difícil determinar, adelantándose a la experiencia, la exacta frontera en que la dignidad y la conveniencia del individuo deben ceder ante las exigencias del bienestar general o de la equidad;") (op. cit., p. 61-2)

⁶⁸⁰ Neste sentido, é preciosa a ponderação da Desembargadora Maria Berenice Dias: "É de todo despicienda a identificação da culpa, se de um ou de ambos os cônjuges, para o decreto da separação, uma vez cessado o vínculo afetivo e a convivência marital. De nenhum significado, relevância ou necessidade a identificação de quem deu causa ao rompimento do vínculo afetivo. Aliás, esta intromissão na privacidade de qualquer dos cônjuges, resta, inclusive, por violar o sagrado princípio constitucional de respeito à dignidade. (Apelação Cível n.º 70001502517, Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 22.11.00, TJRS.)

precisam assumir sua vontade de colocar fim à união pois podem imputar ao outro a culpa pela dissolução conjugal. "Provavelmente a manutenção do princípio da culpa, assim como foi durante muitos anos o da indissolubilidade do vínculo matrimonial, sustenta-se também na boa intenção da tentativa da manutenção das famílias e de que se não houver sanções os deveres conjugais perderiam seu sentido."⁶⁸¹

Todavia, ao se trabalhar unicamente com critérios objetivos de ruptura, os cônjuges passam a ser os principais destinatários da tutela, posto que é em nome de sua dignidade e da tutela da personalidade que a simples vontade de um ou ambos torna-se suficiente para colocar fim à relação conjugal, exigindo deles que assumam a responsabilidade pela condução das próprias vidas.⁶⁸²

Este trabalho já vem sendo feito pelos Tribunais na medida em que se determina necessário "emprestar-se valor jurídico à impossibilidade de manutenção do casamento, pela ausência da *affectio* que lhe é própria."⁶⁸³ Da mesma forma, o afastamento da necessidade de prova de culpa⁶⁸⁴ é relevante, posto que a vontade dos cônjuges é respeitada na medida em que a insuportabilidade da vida comum é suficiente para ensejo ao rompimento do casamento.⁶⁸⁵

Da mesma forma que o estado protege a integridade física, moral ou psicológica da pessoa como direito fundamental e determina que no caso de agressão há a necessidade de ação penal, deve proteger a intimidade amplamente, também direito fundamental, não ingressando nesta esfera no plano conjugal. Não importa porque os cônjuges não querem mais permanecer juntos. Importa que eles não querem mais, restando ao Estado reconhecer efeitos jurídicos no plano da dissolução matrimonial. Não se justifica, portanto, perquirir culpa.

⁶⁸¹ PEREIRA, Rodrigo. Op. cit., p. 151.

⁶⁸² Pondera Rodrigo da Cunha PEREIRA que "Não tendo capacidade para resolver seus próprios conflitos, as partes transferem essa responsabilidade para um Juiz, na esperança de que ele, o 'Grande Outro', para usar uma expressão psicanalítica, venha apresentar a solução mais adequada." (Op. cit., p. 137.) Tal é o significado de desresponsabilização: a transferência ao outro da responsabilidade de resolver o que interessa a mim.

⁶⁸³ Apelação Cível n.º 70000410688, TJRS;

⁶⁸⁴ Apelação Cível n.º 70001070549, Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 14.06.2000, TJRS.

⁶⁸⁵ Apelação Cível n.º 70000507434, Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 22.03.2000, TJRS.

Em se tratando de união estável algumas palavras devem ser ditas em relação a este sentimento. Em princípio, ela nem deveria estar figurando neste ponto das reflexões uma vez que não se cogita, em texto legal, a possibilidade de imputação de culpa em caso de ruptura. Todavia, dois aspectos acabam desmentindo esta afirmação.

O estabelecimento de um conjunto de deveres conjugais para a união estável permite, em princípio visualizar um relacionamento semelhante ao casamento, embora diferente. As diferenças são ressaltadas pela doutrina, que é clara ao afirmar que os dois não se confundem.

Ocorre que os deveres conjugais, no plano do casamento, são elementos fundantes da separação por culpa, como já se viu anteriormente, de modo que para afirmar a existência de dissolução de união estável por culpa foi um passo. Este foi dado na medida em que podem ser encontradas decisões que expressamente reconhecem culpa de um dos companheiros pelo fim da convivência.⁶⁸⁶

Vai-se adiante. Além de reconhecer a culpa, relaciona-se a ela a impossibilidade de concessão de alimentos pois "não há como se desconsiderar que o rompimento do relacionamento entre as partes se deu em razão da 'culpa' da apelante, o que se constata no depoimento das testemunhas do requerido. Neste contexto, a permanência da obrigação alimentar fica inexoravelmente comprometida ante à quebra da fidelidade."⁶⁸⁷

Por outro lado, é preciso que também se tenha em conta que não é posição dominante,⁶⁸⁸ posto que decisões em sentido contrário ao reconhecimento da culpa podem ser encontradas, o que, aliás, reflete o correto posicionamento acerca do tema pois, "Em se tratando de ação de dissolução de sociedade de fato - leia-se união estável -, desnecessária para o reconhecimento do fim da relação a

⁶⁸⁶ Conforme Apelação Cível n.º 000.235.253-2/00, Rel. Des. Orlando Carvalho, j. 14.08.2001, TJMG. Em sentido contrário, ver Apelação Cível n.º 598455871, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 07.04.99, TJRS.

⁶⁸⁷ Apelação Cível n.º 000.235.253-2/00, cit.

⁶⁸⁸ Apelação Cível n.º 70002095503, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 28.03.01, TJRS; Apelação Cível n.º 598455871, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 07.04.99, TJRS.

identificação de um culpado e despicienda a produção de prova tendente demonstrar a conduta dos conviventes."⁶⁸⁹

Ou ainda, "A culpa não é critério para a ruptura da união estável como também ocorre na separação, interessando apenas a prova do dissídio afetivo, inclusive concretizado pelo afastamento do parceiro."⁶⁹⁰ E, portanto, objetivamente se reconhece o fim da união, independente de se ingressar no interno da relação para buscar comportamento violador de um dever conjugal imposto em lei.

Não refletir e discutir a validade da continuidade de imputação da culpa, atrelada aos deveres conjugais, é, de certa forma, desresponsabilizar os cônjuges pela responsabilidade da continuidade ou do fim da união. De certo modo, a manutenção de um sistema punitivo na relação conjugal permite afirmá-la infantilizada na medida em que o sistema jurídico não reconhece nos cônjuges maturidade suficiente para direcionar suas próprias vidas, assumir seus desejos e arcar com as consequências que suas decisões poderão produzir.

O que se quer é a possibilidade de atribuir à relação conjugal um caráter emancipatório, representando efetivamente um espaço de crescimento e realização mútua. Crescimento pode implicar em sofrimento, mas também produz maturidade e fortalecimento, riscos estes que fazem parte da decisão de se construir como pessoa autônoma, que na relação conjugal passa por conviver e administrar crises diárias junto com as outras pessoas que compartilham o mesmo espaço.

O Estado não pode continuar num papel de excessiva proteção pois, em lugar de proteger, tornar fraco o sujeito na medida em que afasta qualquer adversidade e não permite aprender a lidar com elas. A proteção também consiste na concessão de liberdade responsável. Uma possibilidade pode ser representada por disponibilizar outros mecanismos que possam tornar mais humana a ruptura de uma união, como, exclusivamente a título de ilustração, o fomento à implantação da mediação familiar nos juízos de família.⁶⁹¹

⁶⁸⁹ Agravo de Instrumento n.º 597179456, Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 12.11.1997, TJRS.

⁶⁹⁰ Apelação Cível n.º 70001842507, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 21.03.2001, TJRS.

Todavia, independente de se tratar da ruptura de uma união matrimonializada ou não, deve-se repensar as hipóteses de ruptura em termos objetivos, de modo que também esta dimensão das relações de família se traduza numa efetiva tutela da dignidade da pessoa humana e de sua personalidade. E, com isso, talvez se reconheça que "o motivo real e determinante da união, ou desunião, será sempre o mesmo, em qualquer tempo ou espaço (...) a determinação do sujeito desejante e o eterno desafio em dar e receber amor.",⁶⁹² sem ter que buscar um culpado pelo fim.

5.1 Para além da separação por culpa: há a possibilidade de reparação de danos?

A par disto, outro efeito do estabelecimento de deveres conjugais e do reconhecimento de culpa na separação judicial que tem sido cogitado pela doutrina é a possibilidade de reparação de danos decorrentes de uma ruptura com tal fundamento.⁶⁹³

Dois são os fundamentos apresentados, sendo que ambos passam pela natureza institucional ou contratual do casamento pois o "acolhimento de uma dessas teorias exerce influência sobre os princípios que devem informar a responsabilidade civil na separação judicial e no divórcio."⁶⁹⁴

Em se tratando o casamento de uma instituição, a responsabilidade tem por base o artigo 159 do Código Civil brasileiro de 1916,⁶⁹⁵ e o artigo 186 do Código Civil brasileiro de 2002,⁶⁹⁶ segundo os quais há a necessidade, "além da demonstração

⁶⁹¹ Sobre mediação, ver BARBOSA, Águida Arruda. O direito de família e a mediação familiar. In.: **Direito de família e ciências humanas**. São Paulo : Jurídica Brasileira, 1997. Cadernos de estudos : n. 1. p. 23-32;

⁶⁹² PEREIRA, Rodrigo. Op. cit., p. 151.

⁶⁹³ Defendendo tal tese está Regina Beatriz Tavares Papa dos SANTOS, em obra já referenciada.

⁶⁹⁴ SANTOS, op. cit., p. 57.

⁶⁹⁵ "Art. 159 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano."

⁶⁹⁶ "Art. 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

da infração a dever conjugal, (...) comprovar a existência de culpa por parte do ofensor."⁶⁹⁷

A culpa, neste contexto, observa dois conteúdos específicos. Um deles remete à noção de culpa *latu sensu*, que compreende os sentidos de dolo e de culpa em sentido estrito. O outro está ancorado no sentido relacionado à violação de um dever conjugal reconhecido com a condenação do cônjuge em ação de separação litigiosa. Presentes ambos, os requisitos para a concessão de indenização decorrente de uma separação culposa estariam presentes.

Entretanto, se o casamento for classificado como contrato de Direito de Família,⁶⁹⁸ a solução é diversa e assenta na responsabilidade contratual. Desta forma, tais princípios "devem ser aplicados ao casamento, cuja ruptura, em razão do grave descumprimento dos deveres conjugais por um dos cônjuges, que acarrete dano ao outro, gera o direito do lesado à reparação."⁶⁹⁹ A afirmação assenta sobre o fundamento de que "os deveres conjugais, embora sejam determinados e regulados em lei, nascem do contrato de casamento, razão pela qual seu descumprimento dá origem à responsabilidade contratual."⁷⁰⁰

Desnecessário, então, seria provar a conduta culposa num sentido amplo, que remete à intenção de produção de resultados, pois suficiente seria a prova da existência de culpa na violação dos deveres conjugais, de forma consciente,⁷⁰¹ que poderia gerar uma separação judicial sanção, mediante sua atribuição a um ou a ambos os cônjuges.⁷⁰²

⁶⁹⁷ SANTOS, op. cit., p. 56.

⁶⁹⁸ Esta é a posição defendida por Regina Beatriz Tavares Papa dos SANTOS, op. cit., p. 166.

⁶⁹⁹ SANTOS, op. cit., p. 166.

⁷⁰⁰ SANTOS, op. cit., p. 166.

⁷⁰¹ Segundo Regina Beatriz Tavares Papa dos SANTOS, a necessidade de consciência quando da prática do ato que ensejou a violação dos deveres conjugais é elemento indispensável, uma vez que sua ausência retira de tal fato a condição de fundamentar tal modalidade de ruptura. (op. cit., p. 168.)

⁷⁰² Sobre compensação de culpas, pondera Regina Beatriz Tavares Papa dos SANTOS que ela não é admissível pois "o descumprimento de um determinado dever conjugal por um dos cônjuges não compensa a culpa de seu consorte no inadimplemento do mesmo ou de outro dever matrimonial, não se aplicando à matéria em tela as noções de culpas concorrentes e sua compensação." (op. cit.,

A aplicação de qualquer dos raciocínios acima apresentados, exclusivamente para ilustrar mais um dos reflexos do estabelecimento expresso de deveres conjugais, aponta para a manutenção do sistema de controle estatal das relações conjugais, característico do modelo codificado em 1916 e, de certa forma, mantido em 2002, que dá condições de promoção e manutenção da segurança jurídica tão desejada e buscada.

Valoriza-se, com isto, o instituto e o vínculo matrimonial, vez que qualquer comportamento que tenha desviado daquele descrito pode importar em pesada sanção, que vai da atribuição da culpa pelo fim da união até o estabelecimento do dever de reparação de danos decorrentes de uma ruptura da relação conjugal.

É importante, diante de tais argumentos, se ter em conta que o cotidiano das relações de família, em que abundam as de caráter pessoal, é um terreno fértil para que o sentimento de dano surja. Conviver com o outro é compartilhar um espaço em que conflitos das mais variadas ordens e mágoas poderão acontecer, independente da vontade, dirigida ou não a este fim. Não se pode ter certeza prévia de alcançar a felicidade e a realização quando se constitui uma família. O "preço" que se paga pela busca da felicidade é a incerteza de alcançá-la e, ao mesmo tempo, o desafio e o estímulo de buscá-la, sempre.

Desta forma, não se exclui de uma relação familiar a possibilidade de, numa convivência normal, aparecerem frustrações decorrentes exatamente desta busca, pois não se pode ser feliz sempre. Isto significa que o viver junto implica dizer e fazer coisas, algumas que agradam e outras que não, de modo que, visto sob esta ótica, danos quotidianos podem ser produzidos na esfera pessoal do outro.

Quando duas pessoas se unem, assentam num mesmo ponto os sentidos de fundação e ruptura, no amor. Espera-se que o amor perdure. Todavia, não é possível afirmar que ele terá continuidade pois as pessoas mudam, os sentimentos mudam, e o afeto, que inicialmente havia dado origem àquela relação, pode chegar ao fim,⁷⁰³ pode mudar de endereço e destinatário, pode se deixar ver como realmente é e se revelar somente carinho fraterno ou ódio mortal... Nestes termos,

p. 169). Desta forma, reconhecida a culpa concorrente, a ambos é reconhecida a possibilidade de, nos termos defendidos pela autora, pedido de ressarcimento de danos.

⁷⁰³ Acerca do papel jurídico do afeto nas relações de família, ver CARBONERA, O papel.

se, e somente se, fosse possível classificar juridicamente a união conjugal quando a seus efeitos, ela remeteria à idéia de um contrato de risco...

E se o que deu um sentido inicial ao viver junto chegar ao fim, a ruptura pode causar danos pessoais de imensas proporções,⁷⁰⁴ pois não é possível exigir do outro cônjuge a certeza do amor eterno e tampouco a certeza própria do amor eterno pelo outro. Nestes termos, o fim de uma união é elementos com que se deve conviver a partir do momento em que ela é constituída, mesmo que durante um tempo significativo o sistema jurídico o tenha negado afirmando a indissolubilidade de vínculo. Do mesmo modo, também não é possível afirmar que o fim não será aquele que o celebrante religioso sugere: até que a morte os separe.

Reconhecer esta incerteza que permeia a relação conjugal faz parte do reconhecimento da primazia da tutela aos cônjuges sobre a tutela ao vínculo matrimonial, operada pelo texto constitucional na medida em que elegeu a dignidade com princípio estruturante.

6 UM SENTIDO DE CONCLUSÃO PARA ESTAS REFLEXÕES

O sentido de conjugalidade apresentado no trabalho remete, de forma direta, ao conteúdo da relação conjugal propriamente dita, de modo que independa, para sua tutela, de seu modo de constituição. Casar ou não casar são opções garantidas pelo sistema jurídico para que os cônjuges possam, diante de sua opção, ter produzida em sua esfera jurídica um conjunto de efeitos próprios a cada instituto.

O sistema jurídico, estruturado fechado e auto-suficiente, adotou em relação à família um procedimento coerente com a busca de segurança jurídica que norteou todo o processo. A formação e a conservação da família, desta forma, acabaram sendo privilegiadas no que tange ao detalhamento da relação conjugal, de modo que

⁷⁰⁴ A música popular brasileira tem, dentre os vários poemas musicados, um que permite se ter uma idéia da dimensão do dano que uma ruptura pode causar: "A Rita levou meu sorriso/No sorriso dela/Meu assunto/Levou junto com ela/E o que me é de direito/Arrancou-me do peito/E tem mais/Levou seu retrato, seu trapo, seu prato/Que papel!/Uma imagem de São Francisco/E um bom disco de Noel. A Rita matou nosso amor/De vingança/Nem herança deixou/Não levou um tostão/Porque não tinha não/Mas causou perdas e danos/Levou os meus planos/Meus pobres enganos/Os meus vinte anos/O meu coração/E além de tudo/Me deixou mudo/Um violão." BUARQUE, Chico. A Rita. **Letra e música**. São Paulo : Companhia das Letras, 1989. v. 1, p. 41.

o legislador acabou ingressando em todas as searas do relacionamento, inclusive estabelecendo deveres conjugais, condutas abstratas que, uma vez violadas, poderiam ensejar a ruptura da união e a conseqüente produção de efeitos negativos ao cônjuge culpado.

O reflexo direto, no modelo de família codificado, foi a estruturação de um sistema de ruptura da relação conjugal calcada na existência de um motivo, o que, por si só, acaba demonstrando que o legislador buscava, prioritariamente, tutelar a família enquanto grupo. Colocar termo final a uma relação conjugal, exclusivamente matrimonializada até 1988, exigia dos cônjuges a exposição dos motivos que conduziram ao pedido de reconhecimento judicial de ruptura.

Os dois princípios que orientam as separações judiciais, culpa e ruptura, em suas devidas proporções, exigem dos cônjuges um comportamento dirigido à prova de que, ou houve uma violação de dever conjugal devidamente comprovada, ou já não há qualquer possibilidade de se manter o casamento, razão pela qual já não há convivência conjugal há, pelo menos, um ano.

Não se tem do legislador o reconhecimento da possibilidade de uma ruptura objetiva, que poderia ser denominada pura na medida em que não exige uma motivação maior do que a vontade de um dos cônjuges de não mais permanecer naquela relação conjugal. A ruptura objetiva que consta da legislação é temperada pela necessidade de prova de impossibilidade de continuidade de convivência, que revela, também nesta modalidade, o sentido de manutenção do vínculo conjugal que informou a ruptura desde o modelo codificado.

No modelo constitucionalizado, diante da eleição da tutela da dignidade como princípio fundante do sistema jurídico, a manutenção da intervenção legal no plano da relação conjugal, especialmente verificada com a descrição dos deveres conjugais, mantida pelo texto codificado de 2002, revela que a esfera íntima da relação entre um homem e uma mulher continua sendo objeto de cuidados pelo sistema jurídico, nada obstante a Constituição Federal tenha modificado profundamente o sentido de família tutelado.

Neste aspecto da conjugalidade, excetuada a afirmação da igualdade entre os cônjuges, é possível afirmar que o desenho constitucional de família não se faz presente na medida em que houve a conservação do mesmo sentido de manutenção da relação conjugal existente no modelo codificado, em que se

privilegia a tutela à entidade familiar e seus sujeitos ocupam um segundo plano na escala de proteção legal.

O tratamento dado pelo Código Civil de 1916, e conservado pelo Código Civil de 2002 aos deveres conjugais e às suas conseqüências no momento da ruptura da relação, revelam que houve um prolongamento de seu modo de tratamento, sem um repensar profundo acerca da oportunidade de manutenção da descrição dos deveres conjugais e de seus reflexos na separação judicial. A Constituição Federal é invocada para fundamentar as relação pessoais conjugais na dimensão da igualdade, princípio expresso no texto legal, cujos destinatários são, em larga medida, o legislador, o julgador, enfim, pessoas estranhas à relação.

Em se tratando da dimensão interna da conjugalidade, em que ficam evidenciados os cônjuges, o silêncio constitucional que envolve tal situação pode ser lido de duas formas: ou se mantém o mesmo tratamento e se ignora a tutela prioritária da dignidade ou se respeita o silêncio do legislador constitucional e se deixa aos cônjuges um espaço de convivência tutelado mas não interventivo, sustentado pela tutela da dignidade e consolidado pela afirmação de reserva de intimidade no espaço relacional da conjugalidade.

A primeira postura tem espaço garantido no sistema jurídico,⁷⁰⁵ revelando que houve, sim, a manutenção do mesmo pressuposto protetivo que informava a tutela da família conjugalizada enquanto grupo, em detrimento especialmente dos cônjuges, num claro indicativo de que a conjugação entre o sentido de tutela de dignidade presente no texto constitucional e a conjugalidade não foi objeto de uma profunda reflexão. Como conseqüência, mantém-se quase inalterado o modo de pensar a relação conjugal, o que se estende aos modos de ruptura.⁷⁰⁶

Na segunda perspectiva, o silêncio do constituinte pode ser interpretado como um reconhecimento da necessidade de tutelar a conjugalidade na medida em que seus limites são respeitados, sem a permissão de ingresso de estranhos na esfera de uma relação conjugal que esteja transcorrendo naturalmente, seja porque está se mantendo ou porque está chegando ao fim.

⁷⁰⁵ Neste sentido pode se observar, exclusivamente a título de ilustração, DINIZ, op. cit., p. 123 e seguintes.

⁷⁰⁶ Em se tratando de ruptura, destaca-se que a questão da culpa já é objeto de reflexões, cujas linhas gerais já foram apresentadas neste trabalho, e que podem ser encontradas nos seguintes textos: TEPEDINO, O papel; PEREIRA, Rodrigo, A culpa.

Garante-se, com isso, a tutela prioritária aos cônjuges, que têm respeitada e reconhecida sua reserva de intimidade, espaço em que o crescimento individual é possível e a busca da autonomia recebe especial atenção na medida em que a não intervenção implica em atribuição de maior responsabilidade a ambos por todos os aspectos da vida. Da mesma forma, a proteção aos cônjuges fica evidenciada quando o desenvolvimento individual, o respeito mútuo e a convivência satisfatória deixam de ser realidade e o sistema jurídico dá condições de modificação de situação, seja porque reconhece a possibilidade de uma ruptura objetiva - o que ainda não é fato em nosso ordenamento - ou porque coíbe situações de violência doméstica, tanto no plano constitucional como no ordinário.

Acerca desta perspectiva, é possível observar que elemento relevante ao tratamento dignificatório da conjugalidade é o modo pelo qual a tutela se concretiza, de forma que a efetiva reserva de intimidade possa ser visualizada e os cônjuges tenham liberdade e condições de desenvolvimento pleno no espaço relacional da conjugalidade.

CAPÍTULO SEXTO

UMA LEITURA CONSTITUCIONALIZADA DA CONJUGALIDADE

Sabes navegar, tens carta de navegação, ao que o
homem respondeu, Aprenderei no mar.⁷⁰⁷

Talvez esta não se deixe conhecer,⁷⁰⁸

As relações de família receberam, na estruturação do sistema jurídico romano-gemânico, uma regulamentação detalhada e precisa, segundo o qual todos os aspectos relevantes foram conformados em relações jurídicas típicas. Tal redução acabou provocando a exclusão de um conjunto de situações que não se enquadravam na descrição legal.⁷⁰⁹

O detalhamento legal implicava, em princípio, em uma adequação rígida a seus contornos, de sorte que a inadequação vedava o ingresso da relação na esfera jurídica familiar, cabendo ao sistema resolvê-la de outra forma. Um exemplo que ilustra com clareza este mecanismo remete às uniões não matrimonializadas, com uma tutela inicial no Direito das Obrigações que acabou migrando para o Direito de Família em 1988.⁷¹⁰

Isso se deve, numa certa medida, ao sentido de completude que informou o sistema jurídico, e que foi consolidado no processo de codificação. Além desse aspecto, o teor altamente descritivo empregado nos textos legais cercou as relações de família de um grau de exigência para o ingresso que implicou a exclusão já referida.

⁷⁰⁷ SARAMAGO, op. cit., p. 26.

⁷⁰⁸ SARAMAGO, op. cit., p. 18.

⁷⁰⁹ FACHIN, **Introdução**, p. 107 e seguintes.

⁷¹⁰ Sobre este tema ver RAMOS, **Famílias**.

A intervenção estatal nesta esfera de relações, de certa forma, não seguia a orientação geral de um sistema jurídico construído sobre bases de um Estado Liberal. A regulamentação do aspecto patrimonial, elemento marcante nas relações juridicizadas, criou para as relações obrigacionais um espaço de liberdade informado pela autonomia da vontade, de sorte que os contratantes tinham poder para autoregular suas vontades, respeitados os amplos limites legais.

Idêntica razão patrimonial informou o sistema no tratamento dos Direitos Reais, relacionados em *numerus clausus*,⁷¹¹ e cercados de uma ampla proteção aos imóveis, representada por um sistema de registros públicos que conferem ao detentor de um título sua propriedade, e tratam com menor formalidade a propriedade móvel, então de menor valor.

Observa-se que em nome da tutela patrimonial,⁷¹² um dos aspectos que informou a estruturação do sistema, ao mesmo tempo em que se garantiu a liberdade para o tráfego jurídico amarrrou-se a garantia da titularidade num formalismo significativo. E família acabou sendo configurada com esta orientação, segundo a qual se entrelaçavam relações pessoais e tutela patrimonial, com a legitimidade conferindo o direito à proteção pelo ordenamento, que alcançava um grau considerável de segurança jurídica, se bem que à custa de não reconhecimento de aspectos da realidade.

Este sentido da família é bem expressado quando Michelle PERROT afirma que "A família, como rede de pessoas e conjunto de bens, é um nome, um sangue, um patrimônio material e simbólico, herdado e transmitido. A família é um fluxo de propriedades que depende primeiramente da lei."⁷¹³ Atendia-se, com este sentido,

⁷¹¹ Trata-se de uma característica dos Direitos Reais representada pela tipicidade, vale dizer, "pela criação exclusiva do legislador." (GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 14 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1999. p. 06.)

⁷¹² Esta influência, que se fez sentir em todo o sistema romano-germânico, pode ser visualizada no Código Civil Francês em que, "uma vez definido o sujeito, o indivíduo na sua vida mas estritamente privada em quinhentos e dez artigos, o Código se ocupa do seu verdadeiro espaço, o mundo econômico da burguesia, onde a propriedade dos bens se adquire e se modifica, privilegiadamente através dos contratos, e o faz em 1.767 artigos." (MARTINS-COSTA, op. cit., p. 189) Pietro PERLINGIERI também aponta tal característica no Código Civil italiano de 1865 em que "a categoria do ser é subordinada àquela do ter: quem possui 'é'." (**Perfis**, p. 04)

⁷¹³ PERROT, op. cit., p. 105.

ao sistema jurídico, que numa certa medida colocou a regulamentação legal da família como um dos mecanismos de conservação e transferência de patrimônio.⁷¹⁴

Gradativamente observaram-se transformações do ordenamento jurídico no tratamento de tais relações,⁷¹⁵ de modo que os limites legais da família foram sendo alargados com o ingresso de filhos ilegítimos que deixavam de sê-lo e sua estrutura interna sentiu os efeitos de uma diminuição de distância na hierarquia conjugal com o Estatuto da Mulher Casada.⁷¹⁶ Em 1988 a Constituição Federal redesenha uma família sob nova perspectiva, em que não mais o patrimônio mas a pessoa humana e sua dignidade são os valores que informam a tutela das relações jurídicas em geral.

Diante desta perspectiva, é relevante o papel do Estado na tutela das relações de família posto que na escolha do modo de sua concretização reside ou a tutela efetiva ou a intervenção indevida, que resultarão, ou não, na efetivação da dignidade e na promoção de reais condições de desenvolvimento pessoal no espaço relacional da conjugalidade.

1 ACERCA DA RELAÇÃO ENTRE ESTADO E FAMÍLIA: POSSIBILIDADES DE REGULAMENTAÇÃO

A conjugalidade, já destacada no modo de sua constituição, aponta para a convivência quotidiana que, na dimensão jurídica é, para o casamento, dever

⁷¹⁴ Isto pode ser observado, por exemplo, com a expressa limitação de família àquela matrimonializada, com a solenidade de que é cercado o casamento, com a necessidade de outorga uxória ou marital para alienação de bens imóveis, com a necessidade de legitimidade para herdar, com a diferenciação de filiação legítima e adotiva no que tange a herança, dentre vários outros aspectos visíveis no texto original do Código Civil brasileiro de 1916.

⁷¹⁵ É relevante observar que a modificação no ordenamento não reflete unicamente outro conteúdo, posto que também aponta para uma alteração no próprio sentido de sistema, que, colocando gradativamente de lado a clausura que o caracterizava, se abre para outros elementos apontados pelo meio social como relevantes. É o que pontua Eliseu FIGUEIRA quando afirma que "Só mediante a articulação entre a fórmula normativa e os interesses e exigências dos grupos sociais, portanto só recorrendo a elementos externos ao sistema jurídico de caráter político, económico e social, é possível determinar a sua função na relação com o mundo da vida concreta em que historicamente se coloca." (op. cit., p. 52)

⁷¹⁶ MUNIZ, A família, p. 82 e seguintes. O Estatuto da Mulher Casada é a Lei 4.121 de 27 de agosto de 1962.

conjugal e requisito de sua continuidade e para a união estável requisito de sua existência.

Significa para o casal um espaço de construção da vida comum que implica o estabelecimento de pactos reguladores privados que indiquem como ela será vivida,⁷¹⁷ como as atribuições serão cumpridas, quais os limites a serem observados individualmente, de modo que as personalidades dos indivíduos delas participantes possam se desenvolver e a realização pessoal se concretizar.⁷¹⁸

O legislador estabeleceu neste ponto - a conjugalidade - uma diferença de conteúdo de direitos e deveres recíprocos que tornam casamento e união estável diferentes perante a lei ordinária, afora outros aspectos que realmente não se equiparam.⁷¹⁹ E, ao fazê-lo, diferenciou nos pontos em que não havia diferença pois viver junto constrói vida comum independente do vínculo, e o real conteúdo pessoal da relação não é dado pela lei mas sim construído pelo casal.

E não será por força de lei que o respeito, a mútua assistência, a fidelidade, a coabitação, a igualdade serão realidades numa relação, senão pela vontade e pactos internos do casal, que devem ser respeitados e tutelados pelo Estado, posto que se trata de um espaço íntimo, exclusivo.

O caminho a ser percorrido para uma efetiva tutela inicia na relação e migra para o jurídico sob a orientação de princípios e valores, e não no sentido contrário, em que o jurídico conforma as relações de acordo com limites e conteúdos legalmente determinados. Uma relação conjugal deve ser um espaço construído, e não um dado, previamente legislado, sem a devida observação e respeito aos cônjuges e suas vontades, reais responsáveis pela existência daquela conjugalidade.

⁷¹⁷ DIEZ-PICAZO explica que cada família produz seu próprio direito, um "Direito interno de família" que, por exemplo, reflete as regras de convivência entre cônjuges e entre pais e filhos, o sistema educativo, a iniciação de práticas religiosas. (DIEZ-PICAZO. *Familia y derecho*. In.: **Familia y derecho**. Madrid : Editorial Civitas, 1984. p. 24)

⁷¹⁸ Tem-se aqui um reflexo da família individualista e relacional esboçada no primeiro capítulo, que encontra respaldo no texto legal na medida em que se elege a dignidade como princípio. A doutrina também aponta este sentido, como se pode observar em VILLELA, op. cit., p. 11; OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 11; MICHEL, op. cit.

⁷¹⁹ Tais aspectos já foram pontuados no capítulo anterior, aos quais se remete para dados mais específicos.

A dimensão jurídica não é construída unicamente quando o Estado, em seu agir positivo, legisla, julga ou executa. Talvez o fosse na origem do sistema jurídico romano-germânico, mormente se se tiver em conta que o princípio da completude,⁷²⁰ que orientou o sistema, deu-lhe um carácter genérico e abstrato,⁷²¹ em que as normas contêm “condições em relação às quais é feita hipótese da atuação do critério de qualificação, (...) são fixadas “a priori” para prescindir da sua sucessiva realização de modo concreto.”⁷²²

O sujeito, neste contexto, é concebido como um mero destinatário da norma jurídica, que é aplicada de modo uniforme e indistinto.⁷²³ A igualdade, nestes termos, implica uma negação da diferença que efetivamente existe entre os homens, obtida “através da atribuição de uma relevância exclusiva ao único sinal que efetivamente aproxima todos os homens: estarem submetidos ao mesmo ordenamento.”⁷²⁴

Na medida em que o sistema se abre deixando de ser o próprio centro e passa a tutelar prioritariamente o sujeito concreto,⁷²⁵ a pessoa-gente já referida, a atuação estatal, no que tange à família, deve ser dirigida para atender às funções específicas que são atribuídas concretamente aos sujeitos, no âmbito de um grupo ou comunidade, observando a real relação na qual está inserido.⁷²⁶

⁷²⁰ Pietro BARCELLONA identifica este princípio como o sistema fechado, que busca “reconstruir o “modelo teórico” que é proposto pela doutrina como alternativa às outras eventuais configurações.” (“ricostruire il 'modello teorico' che viene proposto dalla dottrina in alternativa alle altre eventuali configurazioni.”) (**Formazione**, p. 05)

⁷²¹ O grau em que se apresentam essas duas características são diretamente proporcionais ao grau de autonomia do sistema. (BARCELLONA, **Formazione**, p. 06)

⁷²² BARCELLONA, **Formazione**, p. 06. Em idioma original: “condizioni in relazione alle quali è ipotizzata l'operatività del criterio di qualificazione (...) sono fissate 'a priori' a prescindere dalla loro successiva realizzazione in concreto.”

⁷²³ BARCELLONA, **Formazione**, p. 17.

⁷²⁴ BARCELLONA, **Formazione**, p. 17. Em idioma original: “attraverso l'attribuzione di una rilevanza esclusiva all'unico connotato che effettivamente accomuna tutti gli uomini: l'essere sottoposti al medesimo ordinamento.”

⁷²⁵ Este sujeito concreto é descrito por BARCELLONA como um “indivíduo que adquire uma fisionomia, uma determinação no contexto em que opera. O sujeito não está desvinculado da relação real social na qual se coloca praticamente, mas é visto como indivíduo social no âmbito da relação real na qual aparece centrado.” (“individuo che acquista una fisionomia, una determinazione nel contesto nel quale opera. Il soggetto non è svincolato dal rapporto reale sociale nel quale si colloca praticamente, ma è visto come individuo sociale nell'ambito del rapporto reale nel quale risulta incardinato.”) (**Formazione**, p. 19.)

Espera-se do Estado unicamente tutela, o que não implica necessariamente intervenção e nem com ela se confunde.⁷²⁷ A atuação estatal deve contemplar espaços interventivos e espaços não interventivos, respeitando, no caso da conjugalidade, o seu mais íntimo conteúdo pessoal.⁷²⁸ Com uma postura negativa, no sentido de não intervenção, torna-se possível a real tutela da dignidade, que se traduz numa reserva de intimidade, representada por um espaço não legislado, de modo que a plena realização das personalidades e o desenvolvimento individual seja possível num espaço relacional.⁷²⁹

As transformações do sistema jurídico que colocaram a Constituição Federal no centro do ordenamento jurídico em todas as perspectivas, dando-lhe *status* de estrela polar, acabaram colocando em xeque a dicotomia Direito Público e Direito Privado, uma das bases sobre a qual assentou sua estruturação.

Na medida em que o Estado Liberal cede espaço ao Estado Social, a intervenção estatal na esfera privada patrimonial aumenta e a Constituição chama para si a determinação dos princípios que irão orientar as relações jurídicas no geral.⁷³⁰ A tutela da dignidade da pessoa humana eleita como princípio fundante espalha seu conteúdo por todo o sistema.

⁷²⁶ BARCELLONA, **Formazione**, p. 18.

⁷²⁷ A intervenção estatal nas relações pessoais conjugais presente no Código Civil de 1916, por exemplo, obedece a lógica do sistema fechado, onde a busca da completude serviu de fundamento para a minuciosa descrição do casamento, efeitos e conteúdo, em especial deste, de modo que não fosse necessário, e tampouco possível, buscar fora dos limites legislados algum aspecto pessoal.

⁷²⁸ Quanto aos aspectos patrimoniais e efeitos que transcendam a relação pessoal conjugal, não se faz, neste trabalho, uma reflexão mais profunda face o recorte temático que o informa se restringir à conjugalidade. Entretanto, há que se observar que também estes integram as relações de família e são informados pela tutela prioritária da dignidade. Pode se falar, nestes termos, na funcionalização das relações de família a que se refere Pietro PERLINGIERI (**La personalità**, p.20), na medida em que estas conservaram suas linhas originais mas mudaram de função no âmbito do ordenamento jurídico, bem como na despatrimonialização do sistema, que segundo ele, implica colocar a serviço da personalidade e da dignidade as relações patrimoniais (PERLINGIERI, *Depatrimonializzazione*, p. 176).

⁷²⁹ As relações paterno-filiais serão examinadas de modo um pouco mais detido adiante. As reflexões serão construídas prioritariamente sobre o eixo horizontal.

⁷³⁰ Acerca da relação entre as transformações pelas quais passou o Estado e a tutela da personalidade, ver OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O estado de direito e os direitos de personalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 532, fevereiro de 1980, p. 11-23.

Essa discussão migra para a seara do Direito de Família⁷³¹ na medida em que se passa a questionar se ele faz parte de um ou outro ramo.⁷³² Por consequência, associando sua localização num deles, a que espécie de técnica legislativa estaria submetido: ao reconhecimento de autonomia característica do Direito Privado ou à subordinação e cogência própria do Direito Público.⁷³³ Numa larga escala, afirmar sua localização numa ou noutra esfera implica medir o grau de intervenção estatal nas relações jurídicas de família.

A questão relacionada à política legislativa dirigida à família é examinada por Chiara SARACENO,⁷³⁴ que aponta para uma questão relevante: a competição pela detenção do poder e do controle legítimo, não prioritariamente sobre os indivíduos, mas sim no que tange às relações internas de poder e de seus comportamentos. Segundo ela, existem dois modos, opostos entre si, que podem servir de parâmetro ao legislador, e cujas consequências apontam ou para a intervenção ou para a tutela.

Uma primeira possibilidade aponta para “um fato de progressiva invasão e controle da vida individual e familiar (freqüentemente assimiladas nessa interpretação), como deslegitimante e desestruturantes modos de regulação e sistemas de valores tradicionais e profundamente enraizados no seu íntimo,”⁷³⁵. Há

⁷³¹ Essa discussão pode ser encontrada em inúmeras obras, das quais se indica, unicamente a título de ilustração, as seguintes: OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 15 e seguintes; GOMES, **Direito de família**, p. 5-8; FACHIN, **Elementos**, p. 42-9; LABRUSSE-RIOU, **Droit**, p. 24.

⁷³² Do ponto de vista formal, o debate acadêmico, explica Catherine LABRUSSE-RIOU, tem solução imediata, informada pelo diploma legal em que suas relações jurídicas são desenhadas, o Código Civil. Já do ponto de vista material, a partir do momento em que alguns temas passam a receber tratamento por princípios constitucionais, a hierarquia das normas obriga os conteúdos codificados. E, se as relações de família forem observadas de forma ampla, sua marca acaba sendo passível de localização em praticamente todas as áreas. Desta forma, os tratamentos diferenciados que possam ser aplicados à família devem “se apoiar em princípios e conceitos idênticos, o que deve ser definido prioritariamente pelo direito civil.” (“s'appuient sur des principes et des concepts identiques qu'il appartient au droit civil de définir prioritairement.”) (op. cit., p. 25).

⁷³³ Esta reflexão é feita por Pietro PERLINGIERI, **La personalità**, p. 16.

⁷³⁴ SARACENO, Chiara. **Sociologia della famiglia**. Bologna : Mulino, 1988.

⁷³⁵ SARACENO, op. cit., p. 206. Explica a autora que esta posição é a mais difundida e mais rica. Em idioma original: “una vicenda di progressiva invasione e controllo della vita individuale e familiare (spesso assimilate in questa interpretazione), in quanto delegittimante e destrutturante modi di regolazione e sistemi di valori tradizionali e profondamente radicati nella interiorità,”

um nítido caráter interventivo, em que o Estado invade a esfera familiar, procurando dar um direcionamento específico aos comportamentos e papéis dos sujeitos.

Esta característica remete a uma concepção de família "ela própria sujeita a imperativos sociais e institucionais e que conferia ao direito uma vasta imperatividade: era proibido transgredir os direitos e deveres essenciais que resultavam do casamento e modificar, por vontade individual, o status das pessoas casadas."⁷³⁶

De certa maneira, isso acaba progressivamente esvaziando a família não somente de função mas também de "sentido e de autônoma capacidade de ação, por parte de um estado sempre mais autoritário, quando não implicitamente totalitário na sua pretensão de regular parâmetros sempre mais numerosos da vida privada."⁷³⁷

Tal senso de invasão estatal na esfera familiar, explica Chiara SARACENO,⁷³⁸ acaba permitindo que o Estado seja visto como protagonista e

⁷³⁶ LABROUSSE-RIOU, op. cit., p. 207. Em idioma original: "elle-même assujétie à des impératifs sociaux et institutionnels, qui conférait au droit une large impérativité; il était interdit de déroger aux droits et devoirs essentiels résultant du mariage et de modifier, par volonté individuelle, le statut des gens mariés."

⁷³⁷ SARACENO, op. cit., p. 207. Isto, segundo Chiara SARACENO, p. 208, pode conduzir à afirmação reducionista de que a família é um aparato ideológico do Estado, remetendo à Althusser, que não é a posição adotada neste trabalho e que foi aventada unicamente como elemento para enriquecer as reflexões. Em idioma original: "senso e di autonoma capacità di azione, da parte di uno stato sempre più autoritario, quando non implicitamente totalitario nelle sua pretesa di normare dimensioni sempre più numerose della vita privata."

⁷³⁸ Segundo Chiara SARACENO, "Nessas duas interpretações da "invasão" da família por parte do estado, este último é visto como protagonista e o agente principal, mesmo não sendo único, do conjunto das restrições e das normas nas quais está envolvida a família contemporânea: a legislação sobre a família, que define direitos e deveres recíprocos, a legislação social que amplia as normas jurídicas, as políticas sanitárias e educativas, as políticas econômicas e do trabalho, as políticas fiscais, as políticas e o mercado da habitação, até à difusão da cultura pela mídia, com as imagens de família, de relações de casais, de mulher e de homem, de adulto e não adulto que propõem. Todos esses autores, em outras palavras, parecem identificar um processo linear na relação estado-família, que vê a família na posição de sujeito ameaçado, preponderantemente na defensiva, quando não completamente passivo de adequação. ("In entrambe queste interpretazioni della 'invasione' della famiglia da parte dello stato, quest'ultimo è visto come il protagonista e l'agente principale, anche se non unico, dell'insieme delle costrizioni e delle norme in cui è invischiata la famiglia contemporanea: la legislazione sulla famiglia, che definisce diritti e doveri reciproci, la legislazione social che amplia le norme giuridiche, le politiche sanitarie ed educative, le politiche economiche e quelle del lavoro, le politiche fiscali, le politiche e il mercato dell'abitazione, fino alla diffusione della cultura dei media, con le immagini di famiglia, di rapporti di coppia, di donna e di uomo, di adulto e non adulto che propongono. Tutti questi autore, in altre parole, sembrano individuare un processo lineare nel rapporto stato-famiglia, che vede la famiglia in posizione di soggetto minacciato, prevalentemente dusa difensiva, quando non del tutto di passivo adeguamento.") (op. cit., p. 208).

agente principal, se não o único, do conjunto de constrações e das normas das quais é investida a família contemporânea, que passa pela legislação que define direitos e deveres recíprocos, a legislação social que amplia as normas jurídicas, as políticas sanitárias e educativas, econômicas e de trabalho, a política e o mercado de habitação, chegando à difusão da cultura pelos meios de comunicação, como propostas de possíveis imagens de família.⁷³⁹

Isso acaba colocando a família em uma posição de sujeição, na defensiva, quando não totalmente passiva em relação à adequação às disposições legais, podendo se inferir que o grau de intervenção remete à técnica adotada pelo Estado Liberal para as relações de família, embora aquela não tenha sido usada para relações patrimoniais.

Outra possibilidade passa pelo “fato da progressiva emancipação dos indivíduos que na intervenção do estado, enquanto protetor e avalista de direitos, vêem um recurso para contrastar os centros de poder – familiares, religiosos ou comunitários – tradicionais, com as suas hierarquias, sistemas de prioridades consolidados, solidariedades, mesmo de modo coativo.”⁷⁴⁰

Essa forma diversa de valorar as relações de família passa não somente por examinar as situações empíricas mas sobretudo as imagens, “modelos de valores relativos para o que é ou deveria ser a família, e quais devem ser os deveres e as responsabilidades do estado em relação à satisfação das necessidades dos indivíduos e das famílias.”⁷⁴¹ Numa esfera um tanto mais ampla, vai além de questionar acerca do modelo de família numa determinada sociedade para trazer à lume a questão do modelo de Estado, em especial o debate acerca do Estado Social.

⁷³⁹ SARACENO, op. cit., p. 208.

⁷⁴⁰ SARACENO, op. cit., p. 207. Em idioma original: “vicenda di progressiva emancipazione degli individui, che nell'intervento dello stato in quanto protettore e garante di diritti vedono una risorsa per contrastare i centri di potere - familiari, religiosi o comunitari - tradizionali, con le loro gerarchie, sistemi di priorità consolidati, solidarietà anche coattive.”

⁷⁴¹ SARACENO, op. cit., p. 207. Em idioma original: “modelli di valore relativi a che cosa sia o dovrebbe essere la famiglia, e a quali debbano essere i compiti e le responsabilità dello stato rispetto al soddisfacimento dei bisogni dei singoli e delle famiglie.”

A intervenção do Estado, nesta perspectiva exposta por Chiara SARACENO,⁷⁴² se traduz num recurso para a autonomia das famílias em relação à parentela, à comunidade e ao mercado, bem como em relação à autonomia dos indivíduos no tocante à autoridade familiar. Aduz a autora que, “reduzindo a área do controle familiar e do agrupamento, a favor do reconhecimento do valor do indivíduo e do princípio da aquisição, fundado no mérito, consente às famílias a aos indivíduos uma maior autonomia de escolhas e estratégias.”⁷⁴³

Contribui para isso a estruturação de um modelo igualitário, que vem acompanhado "de um certo declínio da ordem pública e de um reconhecimento mais afirmado, ainda que limitado, do papel das vontades individuais. Ao se liberalizar, o direito civil reconhece que, para uma parte importante, a vida em comum no casamento é um assunto dos cônjuges.”⁷⁴⁴

Também foi relevante o processo de definição e garantia dos direitos individuais por parte do Estado. “Justamente esta promoção dos direitos individuais, por outro lado, mostra a tensão implícita não só na estrutura familiar, mas na relação estado-família.”⁷⁴⁵ Destaca-se, desta forma, que pode ocorrer uma não coincidência entre os interesses e direitos da família e os interesses e direitos individuais ou, mais precisamente, fica explícito “como dentro da família possa existir uma assimetria de interesses e de direitos entre os diversos membros.”⁷⁴⁶

⁷⁴² SARACENO, op. cit., p. 209.

⁷⁴³ SARACENO, op. cit., p. 209. Em idioma original: "riducendo l'area del controllo familiare e della ascrizione, a favore del riconoscimento del valore dell'individuo e del principio dell'acquisizione fondato sul merito, consente alle singole famiglie e agli individui una maggiore autonomia di scelte e strategie."

⁷⁴⁴ LABROUSSE-RIOU, op. cit., p., 208. Em idioma original: "d'un certain déclin de l'ordre public et d'une reconnaissance plus affirmée, encore que limitée, du rôle des volontés individuelles. En se libéralisant, le droit civil reconnaît que, pour une part importante, la vie en mariage est l'affaire des époux." Ressalta-se que, segundo o entendimento da autora, tal liberdade não compreende os deveres conjugais, pois "Os poderes e tanto os direitos como os deveres e obrigações são instituídos em benefício ou ao encargo dos esposos a fim de satisfazer o interesse da família, interesse este que ultrapassa e sublima o interesse individual de cada um." (op. cit., p. 208), posição não compartilhada neste texto. ("Les pouvoirs et les droits comme les devoirs et obligations sont institués au profit ou à la charge des époux afin de satisfaire l'intérêt de la famille, que dépasse et sublime l'intérêt individuel de chacun.")

⁷⁴⁵ SARACENO, op. cit., p. 209. Em idioma original: "Proprio questa promozione dei diritti individuali, d'altra parte, mostra la tensione impilcita non solo nella struttura ramiliare, ma nella relazione stato-famiglia."

Isto, numa certa medida, acabou fazendo com que se evidenciasse a necessidade de repensar as relações de família em termos de direitos individuais,⁷⁴⁷ de modo que seus membros passassem a receber uma tutela mais específica, que resultou na afirmação da dignidade, da igualdade, do interesse da criança. Reconhece-se, com esta linha de pensamento, a garantia de um espaço de reserva de intimidade e de liberdade na família, espaço relacional que também é de poder, de autoridade, de crescimento, de igualdade, de autonomia.

Em tom de conclusão das reflexões acerca da intervenção do Estado nas relações de família,⁷⁴⁸ Chiara SARACENO aponta dois aspectos. Um deles remete à complexidade e ambivalência dos possíveis êxitos contraditórios que caracterizam as relações família-Estado, decorrentes principalmente da não univocidade própria dos estados sociais contemporâneos.⁷⁴⁹ Vale dizer, a partir do momento em que se passou a contemplar a diversidade, um possível conflito, que talvez já houvesse se instalado, foi potencializado.

O outro aspecto remete à intervenção propriamente dita e aos limites que a família pode apresentar. A intervenção estatal nas relações de família, dando sustentação a um ou outro membro ou às condições de vida no conjunto, coloca o problema “da permeabilidade dos limites da família, da sua vida privada (a

⁷⁴⁶ SARACENO, op. cit., p. 209. Em idioma original: “come entro la famiglia possa esservi una asimmetria di interessi e di diritti tra i diversi membri.”

⁷⁴⁷ Sobre uma leitura de Direito de Família e Direitos Humanos, ver ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização** : Loções de filosofia do direito e do Estado. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.

⁷⁴⁸ No modelo jurídico nacional, podem ser visualizadas ao menos cinco esferas de intervenção: **a)** assistencial na medida em que cria creches, asilos, salário-desemprego, cesta básica; **b)** notarial ou regimental quando presta serviços cartoriais como certidões de nascimento, de casamento, de óbito, pactos antenupciais; **c)** judicial quando intervém, a pedido do indivíduo, em ações de separação, divórcio, guarda, tutela, medidas de segurança para crianças e adolescentes; **d)** legislativa-regulamentar ao elaborar normas que tutelam as relações de família; e **e)** política, quando implementa políticas públicas que dêem condições de desenvolvimento aos indivíduos numa relação de família, ou não, tais como salário, trabalho, segurança, saúde, implementação concreta da dignidade, da igualdade, ensino de qualidade.

⁷⁴⁹ SARACENO, op. cit., p. 210. Nos termos da autora, “Parece-me que essas diversas e também contrapostas interpretações, exemplifiquem a complexidade, e também as ambivalências, os possíveis êxitos contraditórios que caracterizam a história das relações família-estado, tornadas particularmente evidentes na sua univocidade, precisamente nos estados sociais contemporâneos.” (“A me sembra che queste diverse ed anche contrapposte interpretazioni esemplifichino la compressità, ed anche le ambivalenze, i possibili exiti contraddittori che caratterizzano la storia dei rapporti famiglia-stato, divenuti particolarmente evidenti nella loro non univocità proprio negli stati sociali contemporanei.”)

“integridade da família”), por parte dos órgãos do estado e dos seus representantes.”⁷⁵⁰ Trata-se de uma questão controvertida e de difícil decisão pela via abstrata na medida em que o direito à privacidade se choca com o direito à proteção, sobretudo em se tratando dos membros mais frágeis.

Observados estes aspectos, pode-se dar um passo adiante, no sentido de tecer considerações acerca de uma possível tutela das relações de família que atenda ao princípio da dignidade que respeite a reserva de intimidade e o torne passível de concreção.

2 CONCREÇÃO DA DIGNIDADE E TRATAMENTO LEGAL DAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

Numa certa medida, a diluição das fronteiras entre o Direito Público e o Direito Privado acabou contribuindo para o repensar da tutela das relações de família. Na medida em que estas passaram a receber um tratamento constitucional mais amplo, que deixou a exclusiva sede de afirmação do casamento como formador de família e da garantia do divórcio para estender a tutela constitucional a outras situações familiares e às pessoas que dela participam, o plano infra-constitucional do ordenamento jurídico passou a conviver com os dispositivos constitucionais na regulamentação daquelas.

Operou-se uma abertura do sistema no que tange à recepção de conceitos que podem ser ditos juridicamente indeterminados,⁷⁵¹ precisamente porque fazem ingressar na esfera jurídica noções que buscam fora dela seu sentido e conteúdo.⁷⁵²

⁷⁵⁰ SARACENO, op. cit., p. 211. Em idioma original: "della permeabilità dei confini della famiglia, della sua vita privata (la 'santità della famiglia'), da parte degli organi dello stato e dei loro rappresentanti."

⁷⁵¹ Por conceitos indeterminados entenda-se "um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos:"a indeterminação, aqui, deve ser compreendida como não se encontrar no próprio sistema a possibilidade de integrar seu conteúdo. (ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6 ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1988. p. 208)

⁷⁵² O Direito, assevera Ricardo Luis LORENZETTI, não é um mero sistema dedutivo; "é sim um sistema dialético, orientado ao problema, é uma recompilação de pontos de vista sobre o problema em permanente movimento; é aberto e pragmático." Por tal razão, a análise de casos é enriquecedora mas deve ser feita tendo em conta a necessidade de um direcionamento que lhe dê

Tal é o que se observou com a adoção de princípios que exaltam a tutela da dignidade da pessoa humana e implementam o desenvolvimento da personalidade, modificando a relação existente entre direito e sociedade.⁷⁵³

Como consequência, os poderes e a tutela dos interesses do sujeito estão subordinadas à função que concretamente vem atribuída na esfera social, devendo ser congruentes o objetivo individual com o fim socialmente entendido como merecedor de realização social.⁷⁵⁴

Enquanto era possível visualizar a divisão entre público e privado, as técnicas legislativas de cada uma delas atendia somente sua área específica. Com a diluição das fronteiras, é possível sustentar que é dispensável distingui-las para efetivar a tutela à personalidade. Não se trata de perguntar onde se enquadra aquela situação, mas sim de precisar o problema concreto e, uma vez determinado o interesse a ser tutelado, aplicar, sem distinção entre aspectos públicos ou privados, as técnicas que respondem efetivamente à atuação daquele interesse. Conforme explica Pietro PERLINGIERI,⁷⁵⁵

A técnica legislativa que deve intervir para modernizar a atual legislação ordinária e atuar os princípios constitucionais no seu completo significado, deve necessariamente adequar-se ao valor sobre o qual deve incidir: não colocar limites à realização da personalidade humana, à liberdade do sujeito (porque este é o ditado da Constituição), mas para aqueles órgãos, aqueles sujeitos ou aquelas comunidades que quisessem atentar contra a dignidade do homem, a possibilidade de desenvolvimento da sua personalidade.

É possível, segundo ele, proceder por cláusulas gerais, “isto é, com normas que não prevêm regulamentos precisos, mas princípios, mais amplos possíveis.”⁷⁵⁶

um sentido não ofensivo à sociedade e aos demais indivíduos. Trata-se, em certa medida, de destacar um elemento unificador. (op. cit., p. 80.)

⁷⁵³ É necessário, como pontua Konrad HESSE, se ter em conta que ao mesmo tempo em que se afirma a tutela da personalidade e a garantia de seu livre desenvolvimento, também é preciso compatibilizar a movimentação do indivíduo no meio social, que é chamado para colaborar na organização da convivência humana. (op. cit., p. 87)

⁷⁵⁴ BARCELLONA, **Formazione**, p. 11.

⁷⁵⁵ PERLINGIERI, **La personalità**, p. 16-7. Em idioma original: La tecnica legislativa che deve intervenire per rimodernare l'attuale legislazione ordinaria ed attuare i principi costituzionali nel loro completo significato, si deve necessariamente adeguare al valore sul quale deve incidere: non porre limiti alla realizzazione della personalità umana, alla libertà del soggetto (perché questo é il dettato della Costituzione), ma a quei organi, a quei soggetti o a quelle comunità che volessero attentare alla dignità dell'uomo, alla possibilità di sviluppo della sua personalità.

técnica que deve ser empregada para garantir a liberdade e o pleno desenvolvimento da personalidade.

No sistema jurídico nacional, a opção pela dignidade da pessoa humana como fundamento primeiro, junto aos objetivos de erradicar a pobreza e a marginalização e de diminuir as desigualdades sociais, bem como diante da disposição legal de não exclusão de qualquer direito ou garantia,⁷⁵⁷ expresso ou não, desde que decorrente dos princípios constitucionais, "configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento."⁷⁵⁸

Por outro lado, quando estão em tela os limites de confronto com a comunidade ou outros sujeitos, em especial porque está ali a força que pode minar de forma mais próxima a liberdade do indivíduo, "a técnica legislativa não pode ser por princípios, mas de tipo regulamentar: uma normativa, portanto, precisa, detalhada, o mais possível casuística."⁷⁵⁹

A referência aos limites de confronto com outros sujeitos, no contexto tecido por Pietro PERLINGIERI, aponta para hipóteses em que a situação concreta só pode dar condições de tutela à personalidade e ao indivíduo se a garantia se traduzir em regra pois não há condições de, por meio de cláusulas gerais, garantir um espaço de liberdade para seu crescimento dos mesmos.

Trata-se de uma escolha, que deve ser feita situação a situação pelo legislador, levando em conta precisamente que tipo de regulamentação pede aquela situação para que a tutela à pessoa, à sua dignidade e à sua personalidade possa ser efetivada de forma ampla.⁷⁶⁰

⁷⁵⁶ PERLINGIERI, **La personalità**, p. 17. Em idioma original: "cioè con norme che non prevedono regolamenti precisi, ma principi quanto più possibile ampi,"

⁷⁵⁷ Trata-se do §2º do artigo 5º da Constituição Federal, nos seguintes termos: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

⁷⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In.: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. p. 23-54. p. 48

⁷⁵⁹ PERLINGIERI, **La personalità**, p. 17. Em idioma original: "la tecnica legislativa non può essere per principi, ma di tipo regolamentare: una normativa, quindi, precisa, dettagliata, quanto più possibile casistica."

⁷⁶⁰ É neste sentido que Eliseu FIGUEIRA afirma que "por um lado, importa não reduzir o discurso jurídico às qualidades formais dos sistemas normativos, ficando-se no plano da pura

Observa-se, neste sentido, que a tutela da personalidade tem como atributo a elasticidade,⁷⁶¹ compreendida como a inexistência de um número fechado de hipóteses a serem tuteladas, bem como que o valor da personalidade é tutelado sem limites, ressalvadas outras personalidades, e não terceiros.

Em decorrência disso, a abrangência da tutela da dignidade implica incidência no plano ordinário e no constitucional, "em todas as situações, previstas ou não, em que a personalidade, entendida como valor máximo do ordenamento, seja o ponto de referência objetivo."⁷⁶²

A tutela deve ser pensada e estruturada tendo em conta tanto os princípios que orientam o sistema como o tema específico ao qual será destinado. A observação dos princípios exige flexibilidade do legislador, de modo que não seja feita uma planificação em termos de técnicas legislativas: no ponto em que se exija uma intervenção legislativa mais detalhada esta aconteça e noutro, em que ela implique ofensa à dignidade, a tutela seja menos interventora.

Desta forma, se a adoção de cláusulas gerais procura assegurar ao indivíduo maior espaço de liberdade para realização pessoal, de pensamento, das idéias, da própria visão de mundo, isto não necessariamente implica uma ampla liberdade econômica.⁷⁶³ A liberdade pessoal é requisito para o crescimento individual e no plano das relações conjugais pessoais implica dois aspectos: na diminuição de intervenção, que dá mais espaço, ao mesmo tempo em que exige mais responsabilidade e oferece mais riscos, próprios de seu exercício.

normatividade, e, por outro, há que indagar o grau de autonomia do ordenamento para se concluir, não pela sua auto-suficiência, mas pela individualização dos instrumentos técnicos que hão-de-servir de meio para operar a correlação entre direito e sociedade e para se colher o efectivo significado e a específica função no que toca às concretas relações sociais que abstractamente vêm configuradas no quadro normativo." (op. cit., p. 53)

⁷⁶¹ Esta elasticidade, explica PERLINGIERI, não se confunde com a elasticidade característica dos direitos reais, que se traduz na cessação de um direito real de carácter limitativo, quando, então, a propriedade volta a ter seu conteúdo originário. (**La personalità**, p. 185.)

⁷⁶² TEPEDINO, p. 49

⁷⁶³ PERLINGIERI, **La personalità**, p. 17. Aliás, na medida em que se afirma a funcionalização dos institutos em nome da personalidade e, por consequência, da dignidade, o viés económico deverá receber uma regulamentação que tutele a pessoa e sua dignidade, o que pode ser feito por meio de regras que detalhem os limites de tais relações.

Trata-se, como explica Konrad HESSE, de ver o homem como uma pessoa livre, autodeterminada e responsável, que só pode existir “onde o ordenamento jurídico abre a possibilidade para a autonomia do pensamento e da ação.”⁷⁶⁴

Na dimensão econômica, atender à personalidade não passa necessariamente pelo exclusivo estabelecimento de cláusulas gerais, sendo indispensável uma regulamentação mais precisa, detalhada. Nesta esfera, as relações de poder são intensas e, não raro, prevalece a decisão de quem o detém. Ampla liberdade, neste caso, pode significar ofensa à dignidade.⁷⁶⁵

Destaca-se que o viés econômico não é central no trabalho e só foi invocado porque afirmar a ampla liberdade pode conduzir à interpretação que implica afirmá-la em todas as relações jurídicas. Entretanto, o sentido de liberdade afirmado é aquele que conduz ao desenvolvimento da personalidade, de modo que sua tutela no plano do ordenamento jurídico não pode obedecer a uma planificação, a uma igualdade formal, senão à igualdade material.

No plano da legislação ordinária de um sistema em que a diretiva constitucional que garante a tutela da dignidade e do pleno desenvolvimento da pessoa, observa Pietro PERLINGIERI, só pode ter um caráter restritivo caso o faça para dar maiores condições à sua realização.⁷⁶⁶

Desta sorte, o ordenamento jurídico deve, em seu todo, ser direcionado para a criação de condições de desenvolvimento, seja no plano constitucional na medida em que este princípio foi eleito, seja na dimensão ordinária. Como explica Gustavo TEPEDINO, “a realização plena da dignidade humana, como que o projeto constitucional em vigor, não se conforma com a setorização da tutela jurídica ou com

⁷⁶⁴ E completa: “Justamente isto é uma, senão a essencial função do Direito Privado, que assim aparece, como condição fundamental da ordem constitucional.” (“Justo esto es una, si no la esencia función del Derecho Privado, que así aparece como condición fundamental del orden constitucional.”) (HESSE, op. cit., p. 87) A citação, em idioma original, é a seguinte: “donde el ordenamiento jurídico abre posibilidad para la autonomía del pensamiento y de la acción.”

⁷⁶⁵ Conforme pontua Eroulths CORTIANO JÚNIOR, “revolta-se o direito contra as concepções que o colocavam como mero protetor de interesses patrimoniais, para postar-se agora como protetor direto da pessoa humana. Ao proteger (ou regular) o patrimônio, se deve fazê-lo apenas e de acordo com o que ele significa: suporte ao livre desenvolvimento da pessoa.” (op. cit., p. 33)

⁷⁶⁶ PERLINGIERI, **La personalità**, p. 134.

a tipificação de situações previamente estipuladas, nas quais pudesse incidir o ordenamento."⁷⁶⁷

Caso a legislação infra-constitucional reflita posição diversa daquela constitucional, há a necessidade de uma adequação de orientações e conteúdos, de modo que se possa ter uma unificação do sistema, ao menos no plano interpretativo.

Para reconstruir um modelo social em relação ao qual assume um significado concreto a regulamentação normativa das condutas, é necessário, pondera Pietro BARCELLONA, "estabelecer em que medida as leis, junto aos fatores econômicos e políticos, contribuem para determinar o espaço dentro do qual se desenvolve e se realiza a ação concreta dos sujeitos empíricos."⁷⁶⁸

O que resta claro, com isso, é que é imperioso reconhecer tanto que cada situação, pessoal ou patrimonial, deve obedecer a uma técnica legislativa própria, que atenda aos princípios que orientam a República, em especial a dignidade, norte das relações jurídicas *latu sensu*, que habitam abundantemente a esfera privada e sentem os efeitos da tutela constitucional, como que a prioridade de tutela é o sujeito concreto, que sentirá os efeitos da opção legislativa.

3 UM DIREITO DE FAMÍLIA COM VÁRIOS GRAUS DE INTERVENÇÃO

Estendendo as reflexões um pouco adiante e concentrando-as especificamente na esfera familiar, é possível refletir sobre que tipo de tratamento legal efetivamente atenderia a tutela da personalidade e da dignidade.

De início, é necessário observar que, como já exposto, as relações de família podem ser visualizadas em dois eixos, o horizontal e o vertical. Em cada uma delas há um conjunto de outras relações, delas decorrentes, que atendem a aspectos específicos e que podem versar exclusivamente sobre o aspecto pessoal ou podem ter presente também um viés patrimonial.

⁷⁶⁷ TEPEDINO, A Tutela, p. 46

⁷⁶⁸ BARCELLONA, **Formazione**, p. 25. Em idioma original: "stabilire in che misura le leggi unitamente ai fattori economici e politici concorrono a determinare lo spazio entro il quale si svolge e si realizza l'azione concreta dei soggetti empirici."

Não se pode ignorar que a família é um espaço relacional informado por valores e características que passam pelo afeto, autonomia, liberdade, igualdade, respeito, complementaridade, dependência,⁷⁶⁹ mas também pelo poder, autoridade, busca de realização individual.

Desta forma, é indispensável colocar em tela cada um dos eixos, bem como as possíveis relações que podem neles ter espaço para então se cuidar de elaborar uma regulamentação que efetivamente signifique tutela e não somente intervenção legislativa.

Não se trata de elaborar uma crítica negativa à técnica que teve lugar na codificação e que, de certa forma, se prolongou, fazendo-se presente em larga medida no texto do Código Civil de 2002. Trata-se, sim, de uma reflexão sobre a oportunidade de manutenção da significativa intervenção em temas tão dinâmicos que são as relações de família.

Seu resultado pode apontar para vários caminhos, que podem passar tanto por uma tutela mais detalhada como por uma mais geral. As linhas gerais que determinam a escolha, de certa forma, já foram pontuadas, e observam a política legislativa e a eleição de princípios orientadores das relações jurídicas.

Uma vez eleito o princípio da dignidade, operou-se a valorização da personalidade e, com ela, a necessidade de se ter em conta o tipo de relação, as condições gerais dos sujeitos e os interesses envolvidos para que se possa conferir uma tutela específica, produtiva e não ofensiva/agressiva. Neste ponto remete-se a Pietro PERLINGIERI, quando o autor exalta a necessidade de adequação da técnica legislativa aos valores sobre os quais deve incidir, observando a garantia de uma ampla liberdade para a realização da personalidade.⁷⁷⁰

Nestes termos, é necessário que se tenha em conta, no momento da elaboração da norma, a diversidade das relações e dos sujeitos, bem como a possibilidade destes participarem daquelas em posições e conteúdos que os

⁷⁶⁹ Explica Cristiane de Oliveira ZAMBERLAN que "Cada vez mais contar com o outro torna-se essencial à sobrevivência, e nem por isso é menos assustador. Depender é correr o risco da separação, da perda, do abandono, do enfrentamento da solidão. Esta é a grande contradição do homem atual: domina a mais alta tecnologia e percebe-se desamparado em seus vínculos. Termina muitas vezes optando por soluções que o levam a apertar cada vez mais o nó da contradição." (op. cit., p. 14)

⁷⁷⁰ PERLINGIERI, **La personalidad**, p. 16-7.

colocam nas mais variadas situações jurídicas. De certa forma, a norma deve apresentar condições de tutelar o sujeito no plano concreto, tanto considerado como indivíduo livre e independente, como pertencente a um determinado meio social.⁷⁷¹

Como pontua Alain TOURRAINE, de certa forma isso implica a necessidade de reconhecimento do Outro como Sujeito. Este processo não se limita às relações interpessoais posto que exige o "reconhecimento institucional e real do direito de cada um de combinar estratégias com o mundo vivido".⁷⁷² Faz-se necessária, portanto, a existência de condições políticas e jurídicas de liberdade pessoal, "sem as quais o próprio indivíduo não poderia se construir como Sujeito."⁷⁷³

É preciso que se tenha em conta que num ordenamento orientado para a tutela de um sujeito concreto, titular de dignidade e personalidade igualmente protegidas, "não é a qualidade de sujeito, abstratamente considerado, mas a função específica que concretamente seria atribuída ao indivíduo no âmbito de um grupo ou de uma comunidade social."⁷⁷⁴

Sob tal enfoque, no eixo vertical, a relação pessoal⁷⁷⁵ paterno-filial⁷⁷⁶ implica o reconhecimento prévio de uma desigualdade fática, representada pelo maior grau de desenvolvimento dos genitores em comparação ao dos filhos.⁷⁷⁷ Neste ponto

⁷⁷¹ BARCELLONA, **Formazione**, p. 17-8.

⁷⁷² TOURRAINE, op. cit., p. 82.

⁷⁷³ TOURRAINE, op. cit., p. 82.

⁷⁷⁴ BARCELLONA, **Formazione**, p. 18. Em idioma original: "non è la qualità di soggetto, astratamente considerato, ma la funzione specifica che in concreto verrebbe attribuita al singolo nell'ambito di un gruppo o di una comunità sociale."

⁷⁷⁵ A título de reforço do que já foi pontuado anteriormente, a gama de relações em tela é a de cunho pessoal, sem se estender àquelas em que o aspecto patrimonial faz parte de sua estrutura. O recorte decorre da opção de análise feita para este trabalho incidir unicamente sobre as relações pessoais. E sobre as questões patrimoniais, de certa forma a posição geral, é certo que sem uma reflexão verticalizada, já foi exposta no tópico anterior.

⁷⁷⁶ É imperioso ter em conta que tais relações independem do vínculo que possa existir entre os genitores, de modo que o sistema "deve garantir uma proteção integral à criança, seja ela oriunda de uma família matrimonializada ou não. Trata-se do reconhecimento da criança como sujeito de direitos." (BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Considerações sobre a filiação extramatrimonial em Direito de Família francês e brasileiro. In.: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a 33, n. 129, jan/mar., 1996. p. 299-309. p. 302.)

⁷⁷⁷ A questão dos graus de desenvolvimento dos pais e dos filhos deve ser lida sob a ótica de cada momento, adulto ou infantil. A relação paterno-filial que crie condições efetivas do mais pleno desenvolvimento possível deve passar pelo olhar a criança como criança. Como pontua Florence de

assenta um dos fundamentos da autoridade familiar, de modo que os pais, por sua condição, têm com os filhos uma relação de autoridade,⁷⁷⁸ cujo exercício é informado pelo princípio do interesse maior do filho⁷⁷⁹ e, verificado este, acaba atendendo também ao interesse do genitor.⁷⁸⁰

Nessa modalidade de relação, o filho é uma personalidade em formação,⁷⁸¹ o que exige que a tutela se traduza numa intervenção legislativa mais específica, detalhada no plano ordinário e orientada pelos princípios constitucionais, de modo a delimitar os espaços de atuação que têm os pais em relação aos filhos e seus interesses.⁷⁸²

A tutela da dignidade, neste ponto, permite visualizar a relação paterno-filial como um espaço privado de convivência, assegurado pela tutela estatal, segundo a qual a garantia do desenvolvimento da personalidade de ambos passa pelo balizamento mais detalhado do caminho jurídico a ser seguido. Isso importa, inclusive, num tratamento mais protetivo ao filho, na descrição de aspectos da relação paterno-filial, na coibição específica de abusos com a tipificação de

MÈREDIEU, "Não existe visão verdadeira, e a visão adulta não pode de modo algum representar a medida padrão. Portanto, não se deve reduzir os processos infantis qualificando-os de 'infantis'." (MÈREDIEU, Florence de. **O desenho infantil**. 6 ed. São Paulo : Cultrix, 1999. p. 03). Para mais leitura sobre o tema, ver KORCZAK, Janusz. **O direito da criança ao respeito**. São Paulo : Perspectiva, 1984.

⁷⁷⁸ O sentido aqui empregado é o emprestado de Anthony GIDDENS, segundo quem as relações de autoridade em relações paterno-filiais, embora expressem-na, estão informadas por um sentido democrático, tanto quanto possível, na situação concreta. (op. cit., p. 209.)

⁷⁷⁹ Este princípio bem especificado no Estatuto da Criança e do Adolescente que, ao contrário do Código de Menores de 1979, consagrou o princípio da tutela integral. Sobre o tema ver VERONESE, Josiane Rose Petry. **Temas de direito da criança e do adolescente**. São Paulo : LTr, 1997; PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente** : Uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro : Renovar, 1996. Acerca de sua incidência na guarda de filhos, algumas reflexões já foram realizadas na obra CARBONERA, **Guarda**, op. cit..

⁷⁸⁰ OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 27 e seguintes.

⁷⁸¹ Neste sentido, já foi destacado em outro trabalho que "O respeito à dignidade do filho passa pelo tratamento legal igualitário, bem como por sua valorização como pessoa e, de modo especial, como personalidade em desenvolvimento, quando, então, a igualdade se concretiza pelo destaque e valoração das diferenças." (CARBONERA, **Guarda**, p. 122).

⁷⁸² Mais sobre o tema ver: SILVA, Marcos Alves da. **O rompimento dos laços de autoridade parental** : Pais e filhos perante o Estado juiz. Dissertação de mestrado defendida junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná no ano de 2001.

situações em que possa ser colocada em risco a integridade de qualquer de seus aspectos.⁷⁸³

Trata-se, em linhas gerais, de uma relação construída dentro de um plano legal mais detalhado, cujo controle dos limites de atuação parental passa por um cuidadoso crivo estatal na medida em que possam significar excesso ou violação de atribuição de autoridade familiar, sem, contudo, retirar autonomia e poder de decisão inerente ao processo de educação que compete precipuamente aos pais.⁷⁸⁴

Na relação conjugal a orientação, por suas características, pode seguir caminho diverso. O espaço familiar continua informado por idênticos valores e características, mas seu conteúdo pessoal segue outra diretiva. Trata-se de uma relação entre indivíduos iguais e, ao mesmo tempo, diferentes,⁷⁸⁵ que se encontram em um mesmo plano de condições e capacidades, compreendidas não somente no sentido jurídico. Não é evidente, entre eles, um desequilíbrio que nas relações paterno-filiais é possível visualizar de imediato, embora ele possa se revelar num segundo momento quando do exame da situação fática.

⁷⁸³ Neste sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, traz uma série de regras que tratam especificamente do tema, inclusive situações de perda e suspensão da autoridade familiar, tema reforçado pelo Código Civil brasileiro de 2002. Mas não se restringe a esse aspecto. Intervenções biomédicas que não eram sequer pensadas no momento da estruturação do sistema acabam expondo as pessoas a um risco desconhecido, o que implica repensar os limites da representação legal de filhos incapazes, especialmente na esfera pessoal. Sobre isso, ver CARBONERA, Silvana Maria. **Reflexões acerca do consentimento informado de incapazes em intervenções médico-cirúrgicas e pesquisas biomédicas**. Monografia apresentada como requisito parcial de avaliação na disciplina de Instituições Fundamentais de Direito Civil, ministrada pelo Professor José Antônio Peres Gediel, 1996. 19p.

⁷⁸⁴ No plano do direito germânico, Wilfried SCHLÜTTER explica que a relação entre regulamentação estatal e esfera familiar permite a esta um direito de defesa diante do Estado como um todo, de modo que não seja possível uma intervenção em tarefas que são prerrogativas da família. "O 'poder de vigilância' estatal sobre a família tem que considerar esta liberdade de desenvolvimento da relação parental-filial e somente em princípios jurídicos precisamente indefinidos, pode indicar medidas para a auto-determinação familiar, como expressa a prerrogativa da proteção 'do bem estar da criança'." É relevante destacar que se concorda com um limite para a intervenção estatal nas relações de família, especialmente em tarefas que são sua prerrogativa, mas não se corrobora o pensamento de tutela da relação paterno-filial exclusivamente com princípios, conforme já exposto. (SCHLÜTTER, op. cit., p. 6.)

⁷⁸⁵ Esta igualdade, no plano legal, passou a ter existência com a Constituição Federal de 1988 e compreende necessariamente dois sentidos: o formal, concretizado mediante a planificação de tratamento, e o material, que reconhece as diferenças concretas e dá um tratamento condizente a elas.

As pessoas que buscam realização e satisfação individual podem ter em sua relação conjugal um espaço propício para tanto.⁷⁸⁶ Se o fundamento da relação reside no sujeito e em seus sentimentos, o modo pelo qual aquela será constituída poderá ser, para os cônjuges, elementos de importância secundária.⁷⁸⁷

Nesta perspectiva, unir, permanecer e romper é fruto da decisão dos cônjuges, que empenham suas expectativas numa vida compartilhada. É o espaço do **eu** convivendo com o espaço do **nós**, numa família relacional⁷⁸⁸ e individualista como apontado anteriormente.

Trata-se de uma difícil arte, onde as pessoas "querem aprender, ao mesmo tempo, a serem sós e a 'serem juntas'".⁷⁸⁹ A afirmação da individualidade,⁷⁹⁰ associada à da igualdade entre homem e mulher e à privatização do amor,⁷⁹¹ deu condições para que os cônjuges pudessem começar buscar numa relação conjugal o que efetivamente querem, e não necessariamente o que o modelo jurídico correspondente lhes oferece.

Sente-se, diante disso, o reflexo da transformação do modelo jurídico de família, que gradativamente abandona a tutela prioritária do grupo familiar para se fazer sentir sobre seus sujeitos, que paulatinamente foram assumindo um papel

⁷⁸⁶ OLIVEIRA, Guilherme. "Queremos amar-nos... Mas não sabemos como!". In.: **Temas de direito da família**. 2 ed. Coimbra : Coimbra, 2001. p. 337.

⁷⁸⁷ Não se trata de afirmar que o modo de constituição da relação não é relevante. Ao contrário. Tem ele relevância significativa em todos os aspectos, sendo que, no plano jurídico, destaca-se o econômico, cujos efeitos têm origem direta no modelo escolhido. No plano pessoal, as peculiaridades já foram destacadas no capítulo anterior.

⁷⁸⁸ Guilherme de OLIVEIRA denomina-a de 'família relacional', que segundo ele "mostra a extrema solidão individual no quadro de uma cultura narcisista 'em branco'; mostra a extrema dificuldade da empresa sentimental 'a dois', em que ambos participam com a expectativa máxima e um individualismo sem precedentes." (op. cit., p. 337) Observa-se que ele não leva em conta um aspecto, que é ver o espaço familiar como apto ao crescimento individual na medida em que se convive com o outro, como o faz François de SINGLY, perspectiva examinada no primeiro capítulo.

⁷⁸⁹ E prossegue Cristiane de Oliveira ZAMBERLAM: "Para isso o ser humano sempre arranja um laço, que investido de afeto é denominado de laço familiar." (op. cit., p. 115).

⁷⁹⁰ Segundo Cristiane de Oliveira ZAMBERLAN, talvez seja exatamente isso que possa sintetizar o sentido das mudanças atuais, posto que incide diretamente no plano familiar, que é informado pelos princípios de reciprocidade e hierarquia. A melhora da condição feminina é um aspecto que deve ser considerado pois, na medida em que isso ocorreu, acabou fazendo com que o homem também precisasse repensar sua condição. (op. cit., p. 111)

⁷⁹¹ Privatização do amor tem um sentido de exclusão de interferências externas no interno da relação conjugal. Busca-se, frente ao jurídico, a tutela da reserva de intimidade.

mais valorizado. Isso exige, do sistema, um repensar do modo de tratamento legal dispensado à família, uma vez que uma larga intervenção se justificava quando a família era o principal destinatário.

Na medida em que os sujeitos, em especial os cônjuges sobre os quais versa esta reflexão, ganham destaque, a manutenção de uma legislação altamente descritiva implica uma intervenção defesa,⁷⁹² posto que ofende a dignidade e a personalidade dos cônjuges ao não respeitar uma mínima reserva de intimidade, construída e caracterizadora do espaço relacional da conjugalidade.

Isso não significa a negação direta do conteúdo dos deveres conjugais descritos pela lei. A questão reside exatamente no ato de legislá-los, que revela o desrespeito aos cônjuges, enquanto indivíduos com autonomia promovida e reconhecida pelo sistema jurídico. As pessoas são fiéis não porque a lei determina mas porque assim querem. E se não o são, não importa que a lei determine que sejam, elas optaram por não o ser.

Cada casal constrói para sua relação um conteúdo próprio,⁷⁹³ em que, como pontua Guilherme de OLIVEIRA, " 'a lei é a ausência de lei', 'o amor tornou-se um assunto exclusivo dos amantes' e o casal tornou-se o seu próprio legislador."⁷⁹⁴ Não há que se falar em um 'direito ao amor',⁷⁹⁵ cogente, indisponível, pois "quando o amor existe, quando o desejo existe, para que o dever? (...) E há expressão mais atroz do que *dever conjugal*?"⁷⁹⁶

O reconhecimento, pelo sistema jurídico, da dignidade como princípio estruturante, pede que os sujeitos sejam tratados, em suas situações jurídicas, como

⁷⁹² É o que está expressamente disposto no artigo 1513 do Código Civil brasileiro de 2002, nos seguintes termos: "É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família."

⁷⁹³ Segundo Cristiane de Oliveira ZAMBERLAN, "cada família procura resenhar a sua história, (...). Tanto assim que a descoberta dos valores dá-se na reflexão e tomada de posição sobre os costumes apresentados como parte integrante do mundo em que atuam e são componentes do padrão do comportamento exigido por 'aquela' realidade social." (op. cit., p. 47.)

⁷⁹⁴ OLIVEIRA, op. cit., p. 336.

⁷⁹⁵ Quem emprega esta expressão é Kurt REBMANN, quando trata da liberdade de estabelecimento de regras acerca das obrigações conjugais, afirmando que a atenuação da intervenção estatal significa libertação e "Um 'direito ao amor' seria uma contradição interna." (REBMANN, op. cit., p. 85.)

⁷⁹⁶ COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno tratado das grandes virtudes**. São Paulo : Martins Fontes, 1995. p. 242. Grifado no original.

livres, autônomos e responsáveis por suas escolhas.⁷⁹⁷ No plano da conjugalidade, isso se efetiva na medida em que, ao contrário do modelo codificado,⁷⁹⁸ seja reconhecido um espaço de reserva da intimidade que se traduz num conteúdo conjugal não legislado e reflete na desnecessidade de invocar qualquer de seu aspecto como elemento fundante da ruptura da união.

Em tais termos, a família deixaria de ser uma representação abstrata e descritiva no plano jurídico para traduzir um sentido de comunidade estruturada por relações interpessoais, desenvolvidas na esfera da intimidade dos cônjuges, sendo afastada uma normatividade jurídica no plano pessoal.⁷⁹⁹ A descrição legal desta relação pode "destruir as bases pessoais da família, a disposição para a solidariedade espontânea e, com isso mesmo, dissolvê-la."⁸⁰⁰

Afirmar a existência de uma reserva de intimidade na conjugalidade implica reconhecer que a intervenção estatal pode e deve existir na medida necessária e suficiente para dar condições de implementação às relações conjugais, reconhecendo e respeitando a dignidade e a personalidade⁸⁰¹ dos cônjuges, tanto na dimensão individual como na relacional.

A conjugalidade se constrói num espaço compartilhado, terreno fértil para o nascimento de conflitos que competem prioritariamente aos cônjuges resolver. Somente na medida em que uma solução interna não é possível, quer porque o conflito tenha alcançado tal dimensão que se torne insuportável - o que pode conduzir ao fim da conjugalidade - ou porque revela uma situação patológica - que exija intervenção estatal direta, como quando em situações de violência doméstica.

⁷⁹⁷ HESSE, op. cit., p. 87.

⁷⁹⁸ Esta afirmação é válida tanto para o Código Civil brasileiro de 1916 como para o de 2002.

⁷⁹⁹ SCHLÜTTER, op. cit., p. 2.

⁸⁰⁰ SCHLÜTTER, op. cit., p. 2. É importante observar que o autor não faz uma sugestão com o teor citado, mas uma afirmação, pois o sistema jurídico germânico não estabelece deveres conjugais específicos, restringindo-se, somente, a apontar como cláusula geral a obrigação da vida conjugal.

⁸⁰¹ Precisamente na individualidade dos cônjuges, que compreende toda sua personalidade, é que assenta o argumento que sustenta, no sistema jurídico germânico, a opção por uma cláusula geral de vida conjugal e não por uma "normatização perfeccionista de direitos e deveres recíprocos." (SCHLÜTTER, op. cit., p. 32.)

No desenvolver normal da relação, especificamente no eixo horizontal, é possível e necessário o efetivo reconhecimento de um espaço de liberdade de atuação e de escolha dos cônjuges,⁸⁰² de modo que o conteúdo pessoal da relação possa ser construído a partir da sua realidade.

O Código Civil brasileiro de 2002 determina expressamente no artigo 1513 a não intervenção na comunhão de vida.⁸⁰³ Em larga medida, tem-se no texto legal o que se poderia denominar de uma cláusula geral de reserva de intimidade, uma efetiva tutela que não implica necessariamente intervenção e tem como norte as diretrizes gerais constitucionais e como objetivo a produção e o implemento de condições para o desenvolvimento das personalidades de cada um dos cônjuges num espaço relacional.

É indispensável que se tenha em conta que a redução da intervenção não significa expulsar da esfera jurídica a relação conjugal, num processo que DIEZ-PICAZO denominou de “deslegalização do Direito de família, que suporia a pura e simples desapareição deste Direito.”⁸⁰⁴

Segundo ele, esta é uma dentre as várias possibilidades de relação entre o Direito e a família, o completo afastamento. Isso implicaria deixar que as pessoas, em família, tivessem liberdade plena e seguissem seus impulsos espontâneos. Assim ela deixaria de ser repressiva e fonte de frustrações e se daria efetividade à disposição que garante o livre desenvolvimento da personalidade, sem ataduras e repressões.⁸⁰⁵

⁸⁰² Este espaço de liberdade para a autorregulação do casal é identificado por João Baptista VILLELA como uma tendência do sistema jurídico. (op. cit., p. 28.). No mesmo sentido, assevera Guilherme de OLIVEIRA que a “idéia de igualdade dos dois parceiros da relação, aliada com a privatização do amor e com o enfraquecimento das referências externas ‘dadas’ ao casal por outros ordenamentos tradicionais - a religião, os costumes, a vizinhança - têm produzido a diminuição do conteúdo imperativo do casamento, do conjunto dos chamados ‘efeitos pessoais’ do casamento, tal como estávamos habituados a entendê-los.” (op. cit., p. 338.)

⁸⁰³ “Art. 1513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.”

⁸⁰⁴ DIEZ-PICAZO, op. cit., p. 27. Ressalta-se que esta não é a posição adotada pelo autor, que a utilizou para ilustrar uma reflexão específica acerca das possibilidades do Direito de Família contemporâneo. Em idioma original: “deslegalización del Derecho de familia, que supondría la pura y simple desaparición de este Derecho.”

⁸⁰⁵ DIEZ-PICAZO, op. cit., p. 27.

Esta dimensão, aplicada à relação conjugal, remeteria a "um quadro aberto no qual as expectativas privadas dos cônjuges devem ser correspondidas e que, em virtude de sua configuração, deve ser amplamente deixado ao parecer destes,"⁸⁰⁶ numa completa exclusão da esfera jurídica.

Todavia, não se trata de retirar a família da esfera de tutela jurídica. Ao contrário, trata-se de inseri-la numa tutela efetiva, segundo a qual o Estado esteja presente e aja segundo o necessário. Isso, nas relações conjugais, implica estar ao mesmo tempo silente e atento. A regra de ouro, segundo João Baptista VILLELA, "pode estar em atribuir ao Estado a garantia e ao homem a construção da família."⁸⁰⁷

Dentro desta perspectiva, o caminho apontado por Pietro PERLINGIERI⁸⁰⁸ indica a adoção de uma tutela constitucional da relação, de modo que os princípios constitucionais dêem garantia aos espaços de desenvolvimento das personalidades em que ambas possam dela se beneficiar, o que afasta uma regulamentação discriminatória ou limitadora de crescimento.

A garantia da dignidade por parte do Estado implica tanto em assegurar e fomentar a autonomia dos sujeitos e da família, como em não fazer intervenções indevidas nas relações pessoais,⁸⁰⁹ espaço privilegiado de desenvolvimento. No sistema jurídico nacional, os efeitos dessa garantia constitucional se fazem sentir de imediato por força do dispositivo legal que determina a aplicabilidade imediata de normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais,⁸¹⁰ em todas as relações jurídicas.⁸¹¹

⁸⁰⁶ Quem apresenta esta perspectiva conjugal é Joachim GERNHUBER, que o faz a título de ilustração e comparação com sua posição, de conteúdo diverso. O autor denomina esta linha de pensamento de "Doutrinas matrimoniais interindividuais", ou Interindividuelle Ehelehren. (GERNHUBER, Joachim. Lehrbuch des familienrechts. 2 ed. Munique : C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1971. p. 20.)

⁸⁰⁷ VILLELA, Liberdade, p. 40.

⁸⁰⁸ PERLINGIERI, La personalità, p. 16-7.

⁸⁰⁹ De certa forma, segundo Wilfried SCHLÜTTER, o caráter de direito fundamental, garantido constitucionalmente, que a família representa no direito germânico, "garante ao indivíduo um direito de defesa contra medidas do legislativo e do executivo, que se dirijam contra a existência da família." op. cit., p.32.

⁸¹⁰ Conforme o disposto no § 1º do artigo 5º da Constituição Federal.

Os princípios constitucionais balizadores da relação conjugal têm na tutela da dignidade da pessoa humana seu princípio estruturante,⁸¹² de modo que dele decorrem os demais princípios, gerais ou específicos, que apontam para a concretização da igualdade, do respeito recíproco e à intimidade, da solidariedade, da autonomia, da liberdade, dentre os vários que possam orientar as relações dos dois eixos.

Com uma atuação não interventora, mas vigilante, o sistema jurídico permite implementar o respeito à dignidade da pessoa humana na dimensão familiar conjugal na medida em que reconhece aos sujeitos liberdade e autonomia, não intervindo em aspectos pessoais que impliquem em restrição injustificada, sem respaldo constitucional, e dispensável, posto que se trata de uma relação entre dois adultos, que em tese já podem dirigir suas vidas.

E, embora o Código Civil brasileiro de 2002 tenha apontado nesta direção na medida em que afirma ser defesa qualquer intervenção na comunhão de vida, concomitantemente repete a fórmula do Código Civil brasileiro de 1916 e descreve os deveres conjugais não respeitando os limites de reserva de intimidade das relações pessoais, ofendendo princípios que estruturam o próprio sistema.

A atuação estatal promotora dos princípios que orientam a República deve ser feita na medida exata para garantir que os sujeitos não fiquem a descoberto de proteção e tampouco sejam pela lei amarrados. De certa forma, ela se assemelha ao papel de um pai diligente nos cuidados com os filhos: nem proteção excessiva que não permita amadurecimento e tampouco ausência completa, que expõe a riscos e excessos.

No desempenho deste papel, compete ao Estado duas ações. A primeira é o balizamento da relação, por meio dos princípios, de modo a promover e fomentar condições de desenvolvimento das personalidades. Outra remete a situações conflitivas que não tenham sido resolvidas no interno da relação conjugal e cuja resposta estatal tenha sido invocada.⁸¹³

⁸¹¹ Wilfried SCHLÜTTER explica que se trata de uma "norma fundamental, ou seja uma decisão coercitiva de valor para todo o âmbito do direito público e privado," razão pela qual deverá ser observada em todas as relações de família. (op. cit., p. 32).

⁸¹² Conforme expressão empregada por J. J. Gomes CANOTILHO, op. cit., p. 186.

⁸¹³ SCHLÜTTER, op. cit., p. 33.

Desta sorte, reconhecer na dimensão pessoal da relação conjugal a existência da reserva de intimidade que traduza um espaço não interventivo em que a tutela se faça por meio de princípios e cláusulas gerais implica,⁸¹⁴ nos moldes atuais em que o sistema se apresenta, a não aplicabilidade da regra que determina deveres recíprocos para cônjuges, sejam eles casados ou conviventes, bem como dos possíveis efeitos que sua aplicação possa produzir.

Trata-se, pode se dizer, de um Direito de Família com graus de intervenção diferenciada, que na esfera das relações conjugais pessoais apresenta um caráter reduzido, onde a não intervenção legal ordinária se traduza em efetiva tutela dos cônjuges e de suas personalidades. Neste caso, diminuir a intervenção é a forma de promover a tutela da personalidade e da dignidade, dando condições de desenvolvimento pleno à personalidade da pessoa humana.

O reconhecimento da singularidade e das necessidade de cada tipo de relação de família, independente do eixo que representa, implica dar um tratamento igualitário na perspectiva material e não em uma planificação formal, que somente realça as diferenças. Importa, pois, reconhecer que a técnica de padronização que informou a construção do sistema jurídico não mais atende às necessidades pois as diferenças, se reconhecidas, podem coexistir harmoniosamente pois não se trata de afirmar se é bom ou ruim, somente que não é igual. E vários caminhos podem levar à Roma...

4 A CONJUGALIDADE PROPRIAMENTE DITA

Numa certa medida, o próprio sistema já apontou um caminho para efetivar a tutela das relações familiares quando consagrou, no plano constitucional, seus princípios orientadores. A partir de então, a legislação ordinária deixou de ser regulamentação exclusiva para relações de família, de modo que sua aplicação exige adequação ao texto maior.

⁸¹⁴ O sistema jurídico germânico trata da conjugalidade com uma cláusula geral, que obriga a comunhão conjugal de vida, cuja existência dá origem a um "feixe de obrigações de comportamento, também juridicamente coercitivas, e têm, com isso, funções tanto de fundamentação de obrigações como de limitação jurídica." (REBMANN, op. cit., p. 80.)

Em linhas gerais, duas vertentes teóricas podem dar subsídios para proceder a uma leitura que contemple a conjugalidade inserida nos contornos da família constitucionalizada.⁸¹⁵ Em ambas há o consenso de que os princípios constitucionais que versam sobre Direito de Família têm aplicabilidade imediata,⁸¹⁶ de modo que constituem norma vinculativa desde o momento em que passaram a ter vigência e sua observância se impõe no plano da legislação ordinária.

Segundo entende Francisco José Ferreira MUNIZ, a vigência da Constituição Federal de 1988 provocou a automática revogação dos dispositivos legais contrários ao seu conteúdo em razão de inconstitucionalidade superveniente.⁸¹⁷ "A entrada em vigor da Constituição fez cessar, portanto, a vigência das normas do direito de família contrárias" a ela,⁸¹⁸ dando origem a lacunas no sistema jurídico. Desta sorte, cabe ao julgador integrá-la, nos termos do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e "à luz dos princípios constitucionais do direito de família",⁸¹⁹ construindo um "direito judicial dos princípios constitucionais do direito de família."⁸²⁰

Outra vertente doutrinária traz um caráter interpretativo marcante, de modo que a orientação principal é proceder a uma releitura do Código Civil e da legislação especial em termos constitucionais,⁸²¹ de forma automática, sem necessariamente passar pela questão de localização de uma lacuna decorrente de revogação.⁸²²

⁸¹⁵ A opção feita incidiu sobre o caminho traçado por Francisco José Ferreira MUNIZ, no texto O direito, e por Gustavo TEPEDINO, no texto Premissas, ambos já referenciados.

⁸¹⁶ MUNIZ, O direito, p. 96; TEPEDINO, Premissas, p. 18 e seguintes.

⁸¹⁷ No mesmo sentido afirma Luiz Edson Fachin: "Em 1988, há uma guinada fundamental, a legislação infraconstitucional acaba sendo recolhida, no plano dos princípios básicos, pelo capítulo da família na Constituição Federal. Na incompatibilidade, não há recepção por inconstitucionalidade superveniente." (Elementos, p. 37.)

⁸¹⁸ MUNIZ, O direito, p. 96.

⁸¹⁹ MUNIZ, O direito, p. 116.

⁸²⁰ MUNIZ, O direito, p. 116.

⁸²¹ TEPEDINO, Premissas, p.01.

⁸²² Esta orientação diferencia da anterior posto que não se cogita expressamente uma revogação que exija a aplicação do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil que traça um roteiro de integração: analogia, costumes e princípios gerais do direito. Há, ao contrário, a interpretação constitucional direta. E, ademais, conforme assevera Gustavo TEPEDINO, princípios gerais do direito

"Diante do novo texto constitucional," explica Gustavo TEPEDINO, "forçoso parece ser para o intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição."⁸²³ Fazendo-o, se constrói uma nova face para seus institutos em razão de novos parâmetros de direcionamento consignados pelos princípios constitucionais, trabalho que incumbe a todos os construtores do direito.⁸²⁴

Estas orientações apontam para a necessidade de uma reflexão mais detida das relações conjugais, que pode ser informada pela seguinte questão: o instituto em tela, do modo em que se encontra, atende aos princípios constitucionais ora vigentes ou é necessário que ele passe por um processo de reconstrução, no todo ou em parte, para que isso se efetive?

A resposta aponta para duas leituras. Destacadas as relações conjugais pessoais, a esfera de incidência dos preceitos constitucionais já reconhecida remete à igualdade entre os cônjuges. Trata-se de uma transformação significativa, que colocou fim à hierarquia que informava as relações familiares, estabelecendo um ponto jurídico de equilíbrio entre ambos.⁸²⁵

Todavia, quando se trata de deveres conjugais, observa-se que o tratamento é, em grande parte, idêntico àquele que lhe foi dirigido quando da estruturação do casamento, que remete à noção de relação jurídica *strictu sensu*: direito subjetivo, dever jurídico e sujeição,⁸²⁶ observadas adequações. Este sentido remete à exigibilidade dos deveres conjugais na medida em que violados, podem fundamentar uma separação fundada em culpa, técnica esta mais apta a colocar fim à união do que a mantê-la.

não se confundem com princípios constitucionais e equipará-los "representaria uma subversão da hierarquia normativa e uma forma de prestigiar as leis ordinárias e até os costumes, mesmo se retrógrados ou conservadores, em detrimento dos princípios constitucionais que, dessa maneira, só seriam utilizados em sede interpretativa na omissão do legislador, e após serem descartadas a analogia e a fonte consuetudinária." (Premissas, p. 18.).

⁸²³ TEPEDINO, Premissas, p. 13.

⁸²⁴ A expressão construtores do direito aqui empregada remete às pessoas que trabalham com o Direito de modo não passivo. Vale dizer, as pessoas que, além de trabalhar na esfera jurídica, também pensam o sistema e se comprometem com os efeitos que sua intervenção pode provocar.

⁸²⁵ Sobre o tema, ver PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas reflexões sobre a igualdade dos cônjuges. In.: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direitos de família e do menor** : Inovações e tendências - doutrina e jurisprudência. 3. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1993. p. 117-132.; ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **A igualdade dos cônjuges no direito brasileiro**. Belo Horizonte : Del Rey, 2001.

⁸²⁶ O sentido é aquele apresentado por Carlos Alberto da Mota PINTO, op. cit., p. 167.

Numa larga escala, esta sobreposição da noção de relação jurídica *strictu sensu* à relação conjugal, aponta para um conflito que nasce da incidência dos princípios constitucionais às relações de família. Ocorre que os poderes decorrentes da relação jurídica conferem ao titular a possibilidade de ingerência na esfera jurídica do outro, na tentativa de fazer valer o conteúdo de seu direito.

Nas relações de cunho estritamente pessoal isso implica uma invasão na esfera correspondente, que tanto pode se dar por parte do outro cônjuge como do próprio sistema jurídico. Na medida em que reflete o exercício de um direito com conteúdo previamente estabelecido e cogente, um dos cônjuges poderia interferir diretamente na esfera privada do outro para fazer cumprir seu direito de ter a seu lado um cônjuge cumpridor dos deveres descritos em lei, dentre os quais, ressalta-se, não se encontra o dever de amar.⁸²⁷

Uma vez não cumpridos os deveres, não há que se falar em medida judicial de concretização de comunhão de vida, como é possível no sistema jurídico germânico,⁸²⁸ mas em separação judicial, mecanismo previsto em lei que coloca fim à convivência jurídica. O sistema jurídico nacional contemplou com tutela judicial os dois extremos: ou se tem uma relação conjugal existente, talvez suportável, ou a única tutela possível conduz ao fim da união.

Na verdade, o sistema, embora tenha traçado um caminho para a conjugalidade, não tem mecanismos suficientes para garantir que ela tenha êxito uma vez que isso compete exclusivamente aos cônjuges. Revela-se um contrasenso: ao mesmo tempo em que a tutela incide prioritariamente por sobre o vínculo, ela não tem condições concretas de garantir sua continuidade.

O sistema propriamente dito acaba interferindo na esfera privada, no plano da intimidade e dos sentimentos, quando obriga que os cônjuges apresentem os motivos que sustentam o pedido de ruptura da comunhão de vida, expondo-os a uma situação no mínimo vexatória e constrangedora, sem simplesmente reconhecer que a vida comum já não é mais possível.⁸²⁹ Tal é o preço para aqueles que

⁸²⁷ Conforme REBMANN, op. cit., p. 80.

⁸²⁸ SCHLÜTTER, op. cit., p. 34.

⁸²⁹ Isso pode ser observado, por exemplo, na Apelação Cível 595116724, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde pode se encontrar, com alguns detalhes, o motivo que sustentou

desejam colocar fim a uma união jurídica que já não é mais realidade, opção com a qual o sistema não compactua na medida em que foi estruturado para, como regra geral, garantir a continuidade e excepcionalmente reconhecer a ruptura.⁸³⁰

A relação conjugal, nestes termos, não é senão um espaço de direitos e deveres, cujos conteúdos são dados previamente pelo sistema, aos quais os cônjuges estão submetidos, e em relação aos quais não se reconhece liberdade para construção. A comunhão de vida a que se referem José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ⁸³¹ é um dado legal, imposto aos cônjuges na medida em que eles se inserem numa conjugalidade, matrimonializada ou não, e, ao contrário da afirmação dos autores, lida pela análise descritiva dos direitos e deveres correspondentes.

Diante desta leitura, não é possível observar os efeitos da tutela constitucional da dignidade pois o que se tem é a manutenção do sistema protetivo do vínculo conjugal, amarrado aos deveres conjugais e aos possíveis efeitos que uma violação possa produzir. Mas, uma leitura constitucional descortina outro caminho, que passa pelos cônjuges e pela conjugalidade, sobre quem a tutela deve efetivamente incidir.

5 ELEMENTOS PARA UMA LEITURA DA TUTELA DA CONJUGALIDADE

A outra leitura possível remete às reflexões já realizadas neste capítulo e assenta na afirmação da existência de um espaço de convivência conjugal, tutelado mas não interventivo, que garanta aos cônjuges um amplo espaço de liberdade de

o pedido de separação: prática de sodomia. Há uma exposição desnecessária de ambos os cônjuges, motivadas unicamente pela necessidade de satisfazer a curiosidade do legislador, contando porque não querem mais permanecer juntos, em nome de uma proteção exacerbada do vínculo conjugal. Ap. Civ. 595116724. Relator Antônio Carlos Stangler Pereira. Data do julgamento: 07.03.96. Isso sem apontar outras decisões que tratem de infidelidade ou de problemas de ordem da sexualidade que podem dar ensejo a uma nulidade, em que a exposição desnecessária é idêntica.

⁸³⁰ E tanto o é que podem ser encontradas decisões em que somente as hipóteses legais são contempladas como fundamento de separação judicial. Por exemplo, a alegação de incompatibilidade de gênio conduz à inépcia da inicial e não à separação pois "A incompatibilidade de gênios não está prevista em lei, sendo assim, inepta (...) a inicial, pois do fato narrado não resulta o fato pretendido." (TJPR, Ap. Civ. 6.069-3, 1ª CC, Rel Des. Ivan Righi, I 08.05.90.)

⁸³¹ OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 291.

atuação e de escolha, de modo que o conteúdo da conjugalidade possa ser construído a partir da realidade, orientados pelas diretivas constitucionais que conduzam à produção de condições necessárias e suficientes ao desenvolvimento das personalidades de cada um deles num espaço relacional.

Nestes termos, a predeterminação dos conteúdos conjugais é um óbice ao desenvolvimento da personalidade, pois nitidamente limita o espaço de crescimento individual e, como questiona André-Jean ARNAUD: "Pode se desabrochar num ambiente onde um outro alguém já estabeleceu o que deve fazer tal e tal pessoa?"⁸³²

Na dimensão dos papéis conjugais, perspectiva em que a questão foi inicialmente formulada por André-Jean ARNAUD, a igualdade constitucional já aponta uma resposta que indica para a fluidez dos conteúdos, de modo que cabe aos cônjuges estabelecerem que atribuição caberá a cada um deles. Todavia, no plano dos deveres conjugais, recíprocos, a expressa determinação de comportamentos persiste como regra cogente nas relações pessoais na medida em que continua sendo desta forma interpretada.⁸³³

Com a afirmação da necessidade de reconhecimento de um espaço não interventivo como contraponto a esta situação, se quer, então, sugerir que os deveres deixem de compor o conteúdo da relação conjugal? Que a coabitação possa ser livremente decidida? Que a mútua assistência seja passível de negociação? Que a fidelidade possa ser afastada? E o princípio da monogamia, como fica?

Não se trata, aqui, de afirmar que a proposta passa por um modelo de conjugalidade completamente diferente do existente, mesmo porque propor um modelo novo é repetir a técnica empregada pelo sistema fechado, dizendo em que condições o reconhecimento jurídico será feito.⁸³⁴

Ao contrário. Afirmar um espaço de convivência sem intervenção legal ordinária em seu conteúdo implica confirmar a permanência da tutela jurídica, ainda

⁸³² ARNAUD, André-Jean. O direito traído pela filosofia. Porto Alegre : Sergio Fabris, 1991. p. 133.

⁸³³ Conforme se pode observar em PEREIRA, Caio , SANTOS, op. cit., GOMES, Direito.

⁸³⁴ Conforme FACHIN, Teoria, p. 106-8; BARCELLONA, Formazione, p. 05.

mais ampla, a ser concretizada por meio dos princípios constitucionais que orientam as relações familiares e conjugais, nos termos gerais em que as relações são recepcionadas. Não se dispensa, portanto, as duas interdições básicas ligadas às uniões conjugais,⁸³⁵ que se traduzem na proibição da poligamia e do incesto⁸³⁶ e informam os impedimentos matrimoniais no plano do casamento.⁸³⁷

Como consequência, tem-se a efetiva valorização dos cônjuges,⁸³⁸ que terão respeitadas suas personalidades na mesma proporção em que tiverem reconhecida a liberdade de exercício de seus sentimentos, crenças, valores, convicções e de respeito às qualidades e características individuais.⁸³⁹

A alteração consiste concretamente em retirar da legislação ordinária a relação de direitos e deveres atribuída aos cônjuges, seja no casamento ou na união estável, e buscá-los no plano constitucional, que passa a balizar a relação por meio dos princípios.

Tem-se uma nova dicção porque provém de outra origem, constitucional, com uma nova linguagem, que pode ser dita principiológica, de um assunto que conserva seus contornos gerais na medida em que as relações do eixo horizontal continuam sendo constituídas e seus parâmetros gerais persistem, todavia habitando também outra esfera de regulamentação.

⁸³⁵ Estas são apontadas por Jean CARBONNIER como elementos sociológicos, (**Droit**, p. 67-72) e por Catherine LABRUSSE-RIOU, op. cit., p. 65-70.

⁸³⁶ Claude LEVI-STRAUSS aponta a proibição do incesto como regra pré-social, que está no limiar da cultura, na cultura e, em certo sentido, é a própria cultura. Para ele se trata da passagem da natureza para a cultura, razão pela qual tem o caráter de universalidade, pois "A proibição do incesto é o processo pelo qual a natureza se ultrapassa a si mesma. (...) Realiza, e constitui por si mesma, o advento de uma nova ordem." (LEVI-STRAUSS, Claude. *As estruturas elementares do parentesco*. 2. ed. Petrópolis : Vozes, 1982. p. 63)

⁸³⁷ Os impedimentos matrimoniais não são tema de análise profunda neste momento, razão pela qual são aqui citados como um elemento dado pelo sistema, cuja existência e incidência é constatada e não discutida.

⁸³⁸ Pois, como pontua Ingo SARLET, "(...) a dignidade, na condição de valor intrínseco do ser humano, gera para o indivíduo o direito de decidir de forma autônoma sobre seus projetos existenciais e felicidade (...)" (op. cit., p. 51).

⁸³⁹ Nestes termos, uma decisão de separação judicial que reconheça objetivamente a falência do casamento reflete a valorização dos cônjuges na medida em lhes que prioriza em lugar do vínculo. Desta forma, "Desacabe perquirir a culpa de um ou de outro, no caso concreto, quando está exteriorizada cristalinamente a falência do casamento. (TJRS, Ap. Civ. 7000201665, 8ª C.C. Porto Alegre, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 19.04.01. No mesmo sentido TJRS, Ap. Civ. 70001502517, Rel. Des. Maria Berenice Dias. j. 22.11.00.)

A modificação não é propriamente de conteúdo, embora isto possa acontecer na medida em que se atribui sua construção aos cônjuges, mas sobretudo de tratamento jurídico, que efetivamente coloca os cônjuges no centro de sua própria relação, legando ao vínculo e seus efeitos jurídicos uma posição acessória.

Um aspecto relevante é que se deixe de ter nas relações conjugais típicas, de conteúdo abstrato e atribuído previamente, um parâmetro de aferição dos comportamentos dos cônjuges com elemento condicionante da continuidade da relação, método de clausura típico de um sistema jurídico fechado, informado pela completude.⁸⁴⁰

Isso é possível na medida em que o próprio sistema reconheça na conjugalidade um espaço de construção de convivência conjugal, informado pelos princípios constitucionais mas não tipificado, de modo que seja recepcionada a liberdade,⁸⁴¹ que neste contexto tem um sentido de "ampliação dos espaços deixados à livre determinação do casal."⁸⁴²

Os cônjuges podem compor os conteúdos pessoais buscando realização mútua e identificando os "comportamentos, hábitos e atitudes que, no exercício de situações de família, sejam aptos a promover o crescimento, enquanto pessoa, e a preservar a liberdade. De si mesmo e dos outros, seria quase dispensável acrescentar."⁸⁴³

Trata-se de uma tendência já apontada, que passa por destacar a liberdade dos cônjuges,⁸⁴⁴ que já se fez realidade no sistema jurídico germânico na medida em que o artigo 1353, I, 2, do BGB apresenta a seguinte cláusula geral: "2. Os cônjuges

⁸⁴⁰ Conforme BARCELLONA, Formazione, p. 05.

⁸⁴¹ Explica João Baptista VILLELA que a relação entre família e liberdade dá a esta um sentido ambíguo na medida em que "a família cerceia a liberdade, ao mesmo tempo que a realiza sob outra forma. Toda problemática que se arma a partir da conjunção desses dois conceitos - *liberdade* e *família* - se resume, por conseguinte, em estabelecer, no plano da objetividade institucional, composição tal entre eles de que resulte um mínimo de restrições individuais e um máximo de realização pessoal." (op. cit., p. 10)

⁸⁴² VILLELA, op. cit., p. 13.

⁸⁴³ VILLELA, op. cit., p. 11.

⁸⁴⁴ OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 122.

são obrigados entre si a viver em comunhão conjugal de vida, eles têm responsabilidade um para com o outro."⁸⁴⁵

O reconhecimento desta liberdade, em consonância com a tutela da dignidade e com a proteção à personalidade, implicam afastar, do sistema jurídico nacional, a possibilidade de se continuar falando em deveres conjugais como um conteúdo dado da conjugalidade. Não se trata, repita-se, de negar a existência e a necessidade do conteúdo de tais deveres, mas de transformá-los em comportamentos, resultados da opção dos cônjuges.

De certa forma isso acaba refletindo numa relativização dos conteúdos matrimoniais,⁸⁴⁶ sem sua exclusão,⁸⁴⁷ mas com um redimensionamento do alcance de sua cogência no plano das relações pessoais. Quando um dos cônjuges comporta-se de modo incompatível com um dever conjugal, o outro pode se sentir tão ofendido que não queira mais permanecer naquela união. Ou não. No modelo pautado na atribuição de culpa, se ele decidir ficar, simplesmente se abstém de exercitar seu direito, decorrente do dever indisponível. Se optar por não permanecer, poderá exercitá-lo judicialmente.

Neste sistema de ruptura já é possível observar que a cogência dos deveres pessoais, afirmada pela doutrina, não é tão absoluta pois, se o fosse, em nenhuma situação seria possível afastar de apreciação judicial uma violação.⁸⁴⁸

O alcance de sua cogência é interno, restrito ao plano pessoal, que se efetiva com o comportamento correspondente. Não se pode afirmar a cogência e a indisponibilidade pelos efeitos que sua violação podem produzir, senão pelo grau/alcance de sua observação pelos cônjuges. Quem não os respeita corre o risco de romper sua união,⁸⁴⁹ colocando fim à comunhão de vida, com a produção dos efeitos correspondente ao modo de constituição.

⁸⁴⁵ BGB, 4 ed. dtv deutscher Taschenbuch Verlag, 1999.

⁸⁴⁶ Este fenômeno de relativização dos conteúdos matrimoniais já havia sido apontado por Joachim GERNHUBER, cujo efeito implica garantir às relações conjugais possibilidade de mudança. (op. cit., p. 21)

⁸⁴⁷ Não se trata de ir tão além como sugere André-Jean ARNAUD, que polemiza ao questionar sobre o "por que procurar institucionalizar relações pessoais?" (O direito, p. 139.)

⁸⁴⁸ Esta possibilidade já foi contemplada pela jurisprudência no TJMG, Ap. Civ. 000.210.747-2/00, Rel. Des. Hyparco Immes. j. 18.10.2001.

Para além disso, é indispensável que o sistema tutele reconhecendo a igualdade no plano da conjugalidade. Em assim sendo, na medida em que é idêa assente que na Constituição não há uma construção geométrica de modos de constituição de família uma vez que se reconhece a diversidade e, com isso, "a preservação da pluralidade, dos diferentes grupos e indivíduos",⁸⁵⁰ todos os tipos de modos de constituição de família e todas as pessoas devem ser tratadas de maneira idêntica em situações idênticas, evitando colocar formas ou aspectos de família semelhantes em situações desiguais.⁸⁵¹

Esta orientação deve ter seu espaço reconhecido na dimensão das relações pessoais tanto porque há um tratamento diferenciado para situações idênticas representadas pela conjugalidade como pela necessidade de contemplar de forma idêntica situações que ao mesmo tempo são tão diferentes e tão semelhantes como casamento e união estável. A discriminação detalhada de cada conjugalidade implica ofender a igualdade constitucional e manter esferas de relações conjugais jurídicas ao lado de não jurídicas face à valoração feita a partir da espécie do vínculo e dos efeitos correspondentes.

6 UM OLHAR SOBRE O QUE PODE HAVER POR DETRÁS DA PORTA DO QUARTO DO CASAL: CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS

Afirmar, num momento, a conjugalidade como um espaço de convivência cuja tutela estatal não implique intervenção e noutro precisar seu conteúdo é, no mínimo, um contra-senso. Aliás, exatamente este foi um dos pontos de crítica destacado em todo o trabalho, a intervenção indevida no conteúdo. Tanto é que se afirma a necessidade de reconhecimento de tal espaço para a movimentação dos cônjuges, que poderão nele construir sua vida comum, ou dele sair caso tal situação não atenda mais o que desejam.

⁸⁴⁹ REBMANN, op. cit., p. 80.

⁸⁵⁰ MUNIZ, O direito, p. 98.

⁸⁵¹ MUNIZ, O direito, p. 98.

De certa forma, trata-se de um processo de reprivatização da vida interior,⁸⁵² em que a tutela se concretiza por meio de diretivas de comportamento e não de sua descrição, respeitando a fronteira que separa a face pública do conteúdo privado do relacionamento. Não interessa ao sistema jurídico o que de ordinário acontece por detrás da porta do quarto do casal.

Afinal, "que direito tem o Estado de invadir o recesso doméstico, a vida íntima dos cônjuges, devassar-lhes atos e intenções (...)?"⁸⁵³ O que se pode fazer, mas de forma reticente em razão do acima exposto, é apontar elementos de caráter geral que possam servir de baliza para a conjugalidade, exclusivamente a título de ilustração, cuja fonte é plural, e reside basicamente em textos que destacam aspectos relevantes para o desenvolvimento de um relacionamento. Mesmo porque "não pode ser tarefa de um comentário jurídico, dar instruções em longas páginas, com dedo em riste, para uma vida conjugal e familiar harmônica cheia de moral."⁸⁵⁴

Um primeiro aspecto é o sentido aberto da noção de conjugalidade, que permite encontrar em seu interior as mais variadas situações e elementos, que juntos comporão o mosaico de desenho exclusivo que ela será. Em linhas gerais, traduz "uma forma de comportamento social que deve preencher, de forma suficiente, a necessidade do indivíduo".⁸⁵⁵

Este sentido instrumental passa pelo reconhecimento de que o próprio sistema jurídico já não está enclausurado em si mesmo, optando gradativamente pela tutela dos sujeitos concretos e arcando com o ônus de, com esta abertura, ter que aprender a conviver com um grau de incerteza que as relações pessoais sempre tiveram e que foi negado no plano jurídico.

Na medida em que a conjugalidade deixa de ser condicionada legalmente a padrões e condutas e abre-se para a construção individualizada, os cônjuges passam a ter que, constantemente, negociar seu conteúdo,⁸⁵⁶ estabelecendo o que

⁸⁵² Esta expressão é empregada por João Baptista VILLELA, para justificar o abandono do princípio da culpa em favor da deterioração factual que tem ganho corpo na fundamentação das rupturas. (op. cit., p. 39)

⁸⁵³ VILLELA, op. cit., p. 39.

⁸⁵⁴ REBMANN, op. cit., p. 80.

⁸⁵⁵ GERNHUBER, op. cit., p. 21.

GIDDENS denomina de contrato móvel, "um instrumento constitucional que cria a base da discussão aberta por parte dos parceiros sobre a natureza do relacionamento, mas que também está aberto à negociação."⁸⁵⁷

Ingressar, permanecer e sair são elementos que integram seu conteúdo, independente da forma jurídica que ele apresenta. Este, para GIDDENS, é um relacionamento puro, "uma situação em que se entra em uma relação social apenas pela própria relação, pelo que pode ser derivado por cada pessoa da manutenção de uma associação com outra, e que só continua enquanto ambas as partes considerarem que extraem dela satisfações suficientes, (...) individualmente, para nela permanecer."⁸⁵⁸

Um dos aspectos que a informa é a liberdade, exercitada em todos os momentos da relação, que tem na liberdade do outro seu limitador. Esta fronteira entre ambas não é rígida e se retrai ou se distende na medida em que os pactos internos e a necessidade quotidiana assim exigem. Não se tem uma certeza prévia posto que são limites construídos.

Outro é a relevância da família no processo de individualização dos sujeitos, da idéia de ser livre junto,⁸⁵⁹ da possibilidade de complementaridade que se pode estabelecer entre homem e mulher, do papel que todos os membros da família têm uns em relação aos outros neste processo.⁸⁶⁰

Neste processo de individualização dois aspectos devem ser destacados. Um deles é o reconhecimento da autonomia dos sujeitos, que permite o respeito pela capacidade do outro. "O indivíduo autônomo é capaz de tratar os outros dessa forma e reconhecer que o desenvolvimento de suas potencialidades separadas não

⁸⁵⁶ GIDDENS, op. cit., p. 87.

⁸⁵⁷ GIDDENS, op. cit., p. 210. O autor classifica este contrato como mecanismo de democratização da vida pessoal, (op. cit., p. 209) sendo que as escolhas dos cônjuges constituirão seu estilo de vida, composto de aspectos externos e internos, o que, de certa forma, acaba constituindo "a narrativa reflexiva do eu." (GIDDENS, op. cit., p. 87.)

⁸⁵⁸ GIDDENS, op. cit., p. 68-9.

⁸⁵⁹ SINGLY, op. cit., p. 16.

⁸⁶⁰ E aqui não somente no plano da conjugalidade como também na perspectiva paterno-filial, em que o modelo de relação dos pais acaba imprimindo, nos filhos, um modelo referencial de sua própria conjugalidade. (ZAMBERLAN, op. cit., p. 112.) Assevera François de SINGLY que este processo de individualização "resulta de um longo trabalho, de uma socialização efetuada principalmente durante a infância e a adolescência." (op. cit., p. 18.)

é uma ameaça."⁸⁶¹ Além disso, abre espaço para a elaboração de regras pessoais que, na conjugalidade, consistem em " regras construídas na negociação" entre os cônjuges.⁸⁶²

A família pode ser compreendida não como um simples "somatório de comportamentos, anseios e demandas individuais, mas como um processo interagente da vida e das trajetórias individuais de cada um de seus integrantes."⁸⁶³ Desta forma, à autonomia se agrega a noção de respeito à individualidade, que passa por pautar as condutas em limites indispensáveis para o respeito à personalidade do outro.

Este compartilhar de espaço requer, também, o agir com responsabilidade, de modo que tanto nos termos dos pactos internos como no trato com o outro, sujeito dotado de razão e sentimentos, é preciso que se tenha um agir conseqüente, dimensionando os efeitos e os assumindo, com maturidade.

No plano das relações internas, a absorção da idéia de igualdade mediante o efetivo reconhecimento das diferenças, de modo que a autoridade seja exercida na medida em que represente uma especialização, vale dizer, quando um dos cônjuges "desenvolveu habilidades específicas que o outro não possui."⁸⁶⁴

Em tom de conclusão, sugere-se temperar a conjugalidade com confiança, decorrente da intimidade, do respeito, do amor. Confiar é ter fé no outro, é crer ser possível a manutenção da relação mesmo diante de problemas que, porventura, possam ocorrer, é acreditar na capacidade que tem o outro de agir com integridade.

E para uma sugestão de balizamento é suficiente.

⁸⁶¹ E completa GIDDENS: "A autonomia também ajuda a configurar os limites pessoais necessários à administração bem-sucedida dos relacionamentos. Tais limites são transgredidos quando uma pessoa usa outra como um meio de representar antigas disposições psicológicas, ou quando é desenvolvida uma compulsividade recíproca, como no caso da co-dependência." (op. cit., p. 206.)

⁸⁶² SINGLY, op. cit., p. 18.

⁸⁶³ ZAMBERLAN, op. cit., p. 120.

⁸⁶⁴ GIDDENS, op. cit., p. 209.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma vez tecidas algumas das várias reflexões possíveis acerca da conjugalidade e do papel do Estado no que tange à sua tutela, um primeiro aspecto a ser considerado é não se tratar esta de uma conclusão, composta por todas as respostas possíveis, e sim de considerações finais, construídas a partir de elementos destacados do próprio trabalho.

Atendendo à proposta introdutória, a de realizar um roteiro para uma viagem, a leitura inicial de José SARAMAGO⁸⁶⁵ já dá um indicativo do que se pensa acerca de uma relação conjugal: trata-se de um relacionamento onde os cônjuges partem juntos, sabem de onde partem mas não têm certeza acerca de seu itinerário e tampouco sobre seu destino, embora possam imaginá-lo.

No plano jurídico, tal relação recebe contornos específicos, visíveis a partir do tratamento que lhe foi dispensado quando da estruturação do sistema jurídico, e que passa por significativas modificações na medida em que este vai sendo repensado em vários de seus sentidos. Dentre estes, destaca-se sua completude e enclausuramento, a rígida divisão entre público e privado, o modo de tratamento legal das relações pessoais e patrimoniais e, sem excluir vários outros aspectos, a mudança da característica que o informou, que deixa de ser patrimonial para destacar o sujeito concreto, mediante a eleição da tutela da dignidade da pessoa humana como princípio estruturante.

O pano de fundo das reflexões é rico, vez que é composto tanto dos vários esboços possíveis dos sentidos jurídicos de família como de algumas faces do próprio sistema, apontadas em vários momentos históricos. O destaque inicial das linhas gerais do modelo de família de que trata o trabalho aponta para onde aquelas se encaminharam: uma família que pode ser afirmada, ao mesmo tempo,

⁸⁶⁵ SARAMAGO, op. cit.

individualista e relacional.⁸⁶⁶ Isto só é possível na medida em que ela serve como espaço de realização e desenvolvimento individual sem ignorar que este processo se dá num espaço relacional, onde o outro busca idênticos objetivos gerais.

E nesta família, o eixo escolhido é horizontal, restrito ainda mais à dimensão da conjugalidade,⁸⁶⁷ compreendida como o conjunto de relações de caráter predominantemente pessoal cujo conteúdo é construído pelos cônjuges. E que, dados pela legislação, são denominados deveres conjugais.

Visualizar as linhas gerais da estruturação do sistema jurídico e de suas feições contemporâneas permitiu trazer elementos relevantes para compreender o porquê do enclausuramento das relações conjugais pessoais: a família recebeu uma função para além de si própria e de seus membros na medida em que serviu como mecanismo de implementação da busca de segurança jurídica, informada pela tutela prioritária ao patrimônio. Tanto é que suas relações foram inicialmente conformadas à noção de relação jurídica, cuja estrutura original revela uma significativa aptidão para questões patrimoniais.

As transformações pelas quais passou o sistema jurídico, especificamente quando se pensa em termos nacionais, refletiram diretamente no modelo jurídico de família. Deixa-se uma concepção transpessoal, patriarcal, hierarquizada, matrimonializada e patrimonializada para afirmá-la eudemonista, igualitária, com liberdade de escolha quanto à constituição, fruto de seu pleno ingresso no texto constitucional de 1988.⁸⁶⁸

A rígida divisão entre público e privado tem sua fronteira diluída e todos os temas de família passam, necessariamente, a ser informados pelos princípios constitucionais,⁸⁶⁹ seja estruturantes como quando se fala de dignidade da pessoa humana, gerais fundamentais como quando se trata de igualdade, constitucionais especiais que afirmam a igualdade entre cônjuges e entre filhos e outros, que informam pontos específicos da relação conjugal, como quando se trata de garantir um espaço tutelado e não interventivo de intimidade.

⁸⁶⁶ SINGLY, op. cit.

⁸⁶⁷ E esta em seu sentido amplo apresentado por Anália TORRES, op. cit.

⁸⁶⁸ Conforme OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit.

⁸⁶⁹ A nomenclatura adotada é a empregada por J. J. Gomes CANOTILHO, op. cit.

Tem-se, portanto, uma significativa modificação do próprio sistema, que se abre para outras idéias e valores.⁸⁷⁰ A recepção e consagração da dignidade como princípio estruturante permite afirmar que um elemento de incerteza pode ser detectado, o sujeito concreto propriamente dito. Dotada de desejo, a pessoa-gente ingressa na seara jurídica e acaba apontando situações em que o modo de tratamento já consolidado não dá conta.⁸⁷¹ Faz-se necessário, por tal motivo, repensar algumas de suas linhas gerais.

Em se tratando da relação conjugal, a técnica de preestabelecer deveres conjugais, adotada pelo sistema nacional quando da codificação em 1916, atendia ao sentido de segurança por ele almejado, especialmente por sua violação informar a separação por culpa, que vem acompanhada, segundo o texto legal, de um conjunto de penalidades ao cônjuge culpado. Observa-se o direcionamento da tutela à conservação do vínculo matrimonial em detrimento da vontade dos cônjuges.

As linhas gerais desta orientação foram mantidas no texto do Código Civil de 2002, apontando para a ausência de uma reflexão mais profunda acerca da manutenção da descrição legal do conteúdo pessoal do casamento, que importa em uma lacuna no que tange à leitura constitucional do mesmo.⁸⁷²

E, à semelhança da relação matrimonial, o legislador ordinário também estabeleceu deveres conjugais aos conviventes, companheiros numa viagem inicialmente informada pela escolha de liberdade em relação à formalidade do sistema. Todavia, com uma simples leitura do texto legal, é possível observar que ele vê no casamento e na união estável duas relações conjugais diferentes, sendo que a principal diferença assenta no modo de constituição escolhido pelos cônjuges.

⁸⁷⁰ Nestes termos, como pontua Luiz Edson FACHIN, "Desafio será compreender o Direito Civil do terceiro milênio para estar próximo aos fatos e às circunstâncias, saber conviver com uma indispensável instabilidade que lhe dê entrada e saída, dos fatos para o Direito e do Direito para os fatos. Daí por que, talvez, há de se pensar o sistema jurídico como um sistema que se reconstrói cotidianamente, que não é pronto e acabado, que está à disposição dos indivíduos e da sociedade para nele se retratarem." (*Teoria*, p. 125-6)

⁸⁷¹ Esta insuficiência do sistema é mais ampla, e também pode ser constatada em situações onde os avanços tecnológicos acabaram colocando em xeque um tratamento jurídico já consolidado. Mais sobre o tema ver MEIRELLES, Jussara Maria de Leal. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro : Renovar, 2000. ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA** : Aspectos polêmicos. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001.

⁸⁷² Ressalva-se aqui a significativa reflexão acerca da igualdade entre cônjuges, já objeto de inúmeras obras, algumas já referenciadas, tema sobre o qual já se refletiu em CARBONERA, Silvana Maria. Dignidade não distingue sexo. **O Estado do Paraná**, Curitiba, 24 de maio de 1998.

Abstrair o tipo do vínculo formador, elemento este sem sombra de dúvidas relevante ao sistema jurídico para estabelecer os efeitos a serem produzidos, é uma das leituras propostas. Partir com a análise do momento imediatamente posterior à união dos cônjuges, independente da modalidade escolhida, permite visualizar um significativo ponto de identificação entre qualquer tipo de união: a conjugalidade. E, diante deste horizonte, o que se vê é uma relação conjugal onde estar ou não casado não pode ser elemento de destaque para estabelecer como se dará a tutela daquela situação existencial.

A preferencial valorização da espécie de vínculo formador e dos efeitos dele decorrentes, numa larga medida, representa a manutenção dos fundamentos que sustentaram o modelo de família no sistema jurídico romano-germânico. Com a valorização do sujeito concreto operada pela Constituição Federal de 1988, uma leitura deste teor fica inevitavelmente manchada de inconstitucional posto que os cônjuges são tutelados secundariamente.

Ocorre que dignidade não distingue sexo, idade, condição social ou tipo de vínculo conjugal. Ou ao menos não poderia fazê-lo. Mas o faz na medida em que trata de forma desigual um mesmo sentido de conjugalidade. E a proposta das reflexões passa exatamente por este ponto e segue adiante.

Além de diferenciar situações existenciais que têm idênticas linhas gerais, mas não necessariamente igual conteúdo concreto, observa-se que a técnica de enumerar os deveres conjugais acaba fazendo com que o legislador ingresse na esfera de intimidade dos cônjuges, um dos sustentáculos da dignidade de todo e qualquer sujeito.

E se isto era aceitável no modelo codificado, contemporaneamente passa a ser altamente questionável, posto que o sistema passou a ser orientado pela tutela da dignidade, colocando a proteção patrimonial a serviço desta. O sujeito, com isto, assume efetivamente o lugar central no sistema, sendo, ou ao menos devendo ser, o principal destinatário de tutela e das preocupações dos construtores do direito. Como consequência, em se tratando de relação conjugal, não é possível falar em estabelecimento legal de deveres conjugais e tampouco nos seus reflexos na separação judicial com tanta tranquilidade como se falava na vigência do Código Civil de 1916.

Diante de tal raciocínio, abrem-se vários caminhos para o repensar de tal conteúdo pessoal. Neste trabalho a opção feita, sustentada por uma leitura constitucional, implica na afirmação da necessidade de o sistema jurídico reconhecer a existência de uma reserva de intimidade na conjugalidade. Noutras palavras, implica no reconhecimento de um espaço de convivência, cuja tutela estatal não implique em ampla intervenção legal ordinária, mas garanta aos cônjuges um amplo espaço de liberdade de atuação e de escolha, de modo que o real conteúdo pessoal da conjugalidade possa ser construído a partir da realidade, tendo como norte as diretrizes gerais constitucionais e como objetivo a produção de condições para o desenvolvimento das personalidades de cada um deles num espaço relacional familiar.

O reflexo de tal posição se faz sentir, inicialmente, na necessidade de refletir o modo de legislar as relações em geral. Se observada a dignidade como princípio estruturante, cada espécie de relação deverá receber uma legislação que dê condições de tutela, implicando ou não em intervenção estatal. Vale dizer, é preciso que o sistema jurídico reconheça a diversidade de conteúdo das relações e as contemple tanto neste plano como no da técnica legislativa. E, como elemento comum, que qualquer escolha a ser feita pelo legislador tenha como principal preocupação o implemento dos princípios constitucionais.⁸⁷³

Outro aspecto remete à impossibilidade de legislar o conteúdo pessoal da relação jurídica, mormente porque se trata esta de uma esfera íntima, tutelada pela garantia da dignidade, espaço exclusivo dos cônjuges na medida em que nele se desenvolvam relações normais.⁸⁷⁴ E, como se já não bastasse a tutela constitucional, o próprio legislador determina o afastamento do Estado quando determina ser defesa qualquer intervenção.⁸⁷⁵

Com isto tem-se a possibilidade de reconhecimento da relação conjugal concreta e de suas reais condições, afastando-se a tutela da técnica de tipificação e enclausuramento que informou a estruturação do sistema e colocou à margem

⁸⁷³ Conforme Pietro PERLINGIERI, **La personalità**.

⁸⁷⁴ Esta afirmação quer significar que o Estado pode e deve intervir quando situações excepcionais ocorram, tais como violência no âmbito doméstico.

⁸⁷⁵ Conforme o disposto no artigo 1513 do Código Civil brasileiro de 2002.

inúmeras relações que, embora não tipificadas, atendiam aos desejos dos cônjuges e davam condições de desenvolvimento de suas personalidades.

Como consequência da não especificação de deveres conjugais sob os fundamentos apresentados, especialmente do reconhecimento de um espaço de reserva de intimidade, a sistemática de separação judicial pode e deve ser pensada em termos diversos do descrito na legislação ordinária. Excluídos este espaço íntimo da atuação interventiva estatal, não há que se falar em resgatar tais fundamentos para justificar uma separação culposa. A valorização dos cônjuges implica também em encaminhar as reflexões acerca da ruptura para um processo de objetivação: rompe-se a união por motivos que só interessam a eles.

Diante do exposto, é possível destacar que se tem, neste tratamento legal, uma proposta de remodelação do modo de tratamento legal ao conteúdo exclusivamente pessoal da relação conjugal. Mediante uma dupla atuação estatal, a abstenção de intervenção de legislação ordinária e a garantia de uma reserva de intimidade aos cônjuges, será possível pensar e tornar real o desenvolvimento de suas personalidades, tornando mais efetiva a tutela da dignidade.

A preocupação do legislador deve ser dirigida ao crescimento dos sujeitos concretos em todos os aspectos. E disponibilizar meios necessários para tanto exigem do sistema uma modificação de posição em relação à conjugalidade, realçando juridicamente o valor do sentir e reconhecer o vínculo jurídico e seus efeitos como consequências possíveis e não requisitos indispensáveis à tutela. Pois

Gostar é provavelmente a melhor maneira de ter, ter deve ser a pior maneira de gostar.⁸⁷⁶

E isto o sistema jurídico deve silenciosamente reconhecer.

⁸⁷⁶ SARAMAGO, op. cit., p. 32

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA** : Aspectos polêmicos. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001.

ALMEIDA, Silmara Juny de A. Chinelato e. **Do nome da mulher casada** : Direito de família e direitos de personalidade. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2001.

AMARAL, Francisco. Descodificação do Direito Civil In.: **Anais da XVI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil**, local e data, p. 505-21.

_____. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. In.: Separata de “**O direito**”, Rio de Janeiro, ano 126, p. 63-81, 1994.

_____. **Direito civil** : Introdução. 2 ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.

ANDRADE, Manoel Antônio Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica** : Sujeitos e objecto. Coimbra : Almedina, 1992. v. 1.

ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**. Porto Alegre : Sergio Fabris, 1991.

_____. **O direito entre modernidade e globalização** : Loções de filosofia do direito e do Estado. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.

BANTMAN, Béatrice. **Breve história do sexo**. Lisboa : Terramar, 1998.

BARBOSA, Águida Arruda. O direito de família e a mediação familiar. In.: **Direito de família e ciências humanas**. São Paulo : Jurídica Brasileira, 1997. Cadernos de estudos : n. 1. p. 23-32.

BARBOSA, Heloisa Helena. Família, casamento, união estável : Conceitos e efeitos à luz da Constituição de 1988. **Revista da Faculdade de Direito**, Rio de Janeiro, v. 1, 1993, p. 123-37.

_____. Novas tendências do direito de família. **Revista da Faculdade de Direito**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, 1994. p. 227-45.

_____. Considerações sobre a disciplina da filiação no projeto do código civil (Projeto de Lei da Câmara n.º 118, de 1984). **Revista da Faculdade de Direito**, Rio de Janeiro, n. 5, 1997, p. 41-52.

BARCELLONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Madrid : Editorial Trotta, 1996.

_____. **Formazione e sviluppo del diritto privato moderno**. Napoli : Jovene, 1997.

BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas** : Limites e possibilidades da constituição brasileira. 3 ed. atual. Ampl. Rio de Janeiro : Renovar, 1996.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da família**. Campinas : Red Livros Editora e Distribuidora, 2001.

BGB, 4 ed. dtv deutscher Taschenbuch Verlag, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1999.

BORNHEIM, Gerd. **O conceito de descobrimento**. Rio de Janeiro : EdUERJ, 1998.

BRASIL. Lei n.º 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil. 53. ed. São Paulo : Saraiva, 2002.

_____. Lei n.º 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil. Anotado pelo Dr. João Luiz Alves. Rio de Janeiro : F. Briguiet e Cia. 1917.

_____. Decreto-lei 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de introdução ao Código Civil brasileiro. 53 ed. São Paulo : Saraiva, 2002.

_____. Lei 883, de 21 de outubro de 1949. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. 53 ed. São Paulo : Saraiva, 2002.

_____. Lei 1.110, de 23 de maio de 1950. Regula o reconhecimento dos efeitos civis do casamento religioso. 53 ed. São Paulo : Saraiva, 2002.

_____. Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada (Estatuto da Mulher Casada). 53. ed. São Paulo : Saraiva, 2002.

_____. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. 13. ed. São Paulo : Saraiva, 1998.

_____. Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. 53. ed. São Paulo : Saraiva, 2002.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. 22. ed. atual. ampl. São Paulo : Saraiva, 2002.

_____. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. 53. ed. São Paulo : Saraiva, 2002.

_____. Lei 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. 53 ed. São Paulo : Saraiva, 2002.

_____. Lei n.º 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. 53. ed. São Paulo : Saraiva, 2002.

_____. Lei 8.974, de 05 de janeiro de 1995. Regula os incisos II e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, e dá outras providências. 53 ed. São Paulo : Saraiva, 2002.

_____. Lei n.º 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º da Constituição Federal. 53. ed. São Paulo : Saraiva, 2002.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. 53 ed. São Paulo : Saraiva, 2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Acre. Apelação Cível 314 (Segredo de Justiça). Presidente: Lourival Alves da Silva, Relatora: Miracele de Souza Lopes Borges. Rio Branco, AC, 25 de abril de 1990.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível 6.069-3 (Segredo de Justiça). Presidente: Ivan Righi, Relator: Osiris Fontoura. Curitiba, 8 de maio de 1990.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 589015171 (J. S. F.) e (C. D. C. S.) (Segredo de Justiça). Relator: Desembargador Gervásio Barcellos. Porto Alegre, 06 de junho de 1990.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 591045836 (I.R.B.K.) e (R.K.) (Segredo de Justiça). Relator: Desembargador Clarindo Favretto. Porto Alegre, 10 de outubro de 1991.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 595116724. (M. B.) e (S. R. B.) (Segredo de Justiça). Relator: Desembargador Antonio Carlos Stangler Pereira. Porto Alegre, 07 de março de 1996.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento 597179456 (M.R.F.) e (P.A.R) (Segredo de Justiça). Relator: Desembargadora Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 12 de novembro de 1997.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 597109453 (V.S.V.) e (A.T.V.) (Segredo de Justiça). Relator: Desembargador Breno Moreira Mussi. Porto Alegre, 27 de novembro de 1997.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 598455871. (J. G. D.) e (D. A. S.) (Segredo de Justiça). Relator: Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre, 07 de abril de 1999.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70000507434. (J.M.B.) e (D.M.B.) (Segredo de Justiça). Relator: Desembargadora Maria Berenice Dias. 22 de março de 2000.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 599474202 e Apelação Cível 599474194. (L.C.S.M.) e (A.M.) (Segredo de Justiça). Relatora: Dra. Lúcia de Castro Boller. Porto Alegre, 03 de maio de 2000.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70000410688. (J.A.O.) e (A.J.S. O.) (Segredo de Justiça). Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 03 de maio de 2000.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70000859983. (I.K.) e (D.K.R.) (Segredo de Justiça). Relator: Desembargadora Maria Berenice Dias. 14 de junho de 2000.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70001070549 (L.P.J.) e (D.C.J.) (Segredo de Justiça). Relatora: Desembargadora Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 14 de junho de 2000.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70001502517. (E. A.) e (C.T.A.) (Segredo de Justiça). Relatora: Desembargadora Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 22 de novembro de 2000 .

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70001843507. (C.E.S.) e (T.K.) (Segredo de Justiça). Relator: Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis . Porto Alegre, 21 de março de 2001.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70002095503 (L. L V.) e (H. M. de V.) (Segredo de Justiça). Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 28 de março de 2001.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 7000201665 (R. B. M) e (M. L. X. M.) (Segredo de Justiça). Relator Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade. Porto Alegre, 19 de abril de 2001.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial N.º 75.295 – SP (1995/0048909-0). (H. A.) e (L. C. A.) (Segredo de Justiça). Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília (DF), 21 de junho de 2001.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 000.235.253-2/00. (E. L. C. V.) e (W. L. O) (Segredo de Justiça). Relator Desembargador Orlando Carvalho. Belo Horizonte, 14 de agosto de 2001.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 000.210.747-2/00 - (E. O X. P.) e (F. S. X. P.) - Relator Desembargador Hyparco Immesi. Belo Horizonte, 18 de outubro de 2001.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Considerações sobre a filiação extramatrimonial em Direito de Família francês e brasileiro. In.: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a 33, n. 129, jan/mar., 1996. p. 299-309.

BRITO, Leila Torraca de. **Se-pa-ran-do** : Um estudo sobre a atuação do psicólogo nas varas de família. Rio de Janeiro : Relume-Dumará, 1993.

BUARQUE, Chico. A Rita. **Letra e música**. São Paulo : Companhia das Letras, 1989. v. 1, p. 41.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. 2 ed. São Paulo : Martins Fontes, 1999.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 3 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Divórcio e separação**. 9 ed. rev. atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Todas as constituições do Brasil**. 2 ed. São Paulo : Atlas, 1976.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2 ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5 ed. Coimbra : Almedina, 1991.

CAPELLA, Juan Ramon. **Fruta prohibida** : Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado. Madrid : Editorial Trotta, 1997.

CARBONERA, Silvana Maria. **Reflexões acerca do consentimento informado de incapazes em intervenções médico-cirúrgicas e pesquisas biomédicas**. Monografia apresentada como requisito parcial de avaliação na disciplina de Instituições Fundamentais de Direito Civil, ministrada pelo Professor José Antônio Peres Gediel, 1996. 19p.

_____. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In. FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 273-313.

_____. Dignidade não distingue sexo. **O estado do Paraná**, Curitiba, 24 de maio de 1998.

_____. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre : Sergio Fabris, 2000.

CARBONNIER, Jean. **Droit civil** : La famille, les incapacités. 2 ed. Paris : Presses Universitaires de France, 1979.

_____. **Flexible droit** : Pour une sociologie du droit sans rigueur. 7 ed. Paris : Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1992.

CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica** : Seu sentido e limites. 2. ed. Coimbra : Centelha, 1981.

CAPELLA, Juan Ramon. **Fruta prohibida** : Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado. Madrid : Editorial Trotta, 1997.

CLÈVE, Clèmerson. Merlin. Direito constitucional e direito alternativo : Por uma dogmática constitucional emancipatória. In.: Direito alternativo, Seminário nacional sobre o uso alternativo do direito. Rio de Janeiro : COAD, 1994.

COELHO, F. M. Pereira. Casamento e família no direito português. In.: **Temas de direito da família**. Coimbra : Almedina, 1986.

COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno tratado das grandes virtudes**. São Paulo : Martins Fontes, 1995.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In.: FACHIN, Luiz Edson. (org.) **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 31-56.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só** : Tutela penal da intimidade. 2 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.

COUTO E SILVA, Clóvis do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In.: AJURIS, Porto Alegre, 40, ano XIV, julho, 1987, p. 128-49.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3 ed. 2ª tiragem. São Paulo : Martins Fontes, 1996.

DIAS, Maria Berenice. Efeitos patrimoniais das relações de afeto. In.: **Repertório IOB de Jurisprudência**. 15/97, caderno 3, p. 229-301.

DIEZ-PICAZO. Família y derecho. In.: **Familia y derecho**. Madrid : Editorial Civitas, 1984.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17 ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo : Saraiva, 2002. v. 5.

DUARTE JÚNIOR, João-Francisco. **Itinerário de uma crise: A modernidade.** Curitiba : Editora da UFPR, 1997.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** 6 ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1988.

ELIAS, Norbert. **O processo civilizador.** 2 ed. São Paulo : Jorge Zahar, 1994.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida.** Porto Alegre : Sergio Fabris, 1992.

_____. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. In.: **Jurisprudência brasileira.** Curitiba : Juruá, 1994. v. 172. p. 45-50.

_____. **Da paternidade** : Relação biológica e afetiva. Belo Horizonte : Del Rey, 1996.

_____. **Elementos críticos do direito de família** : Curso de direito civil. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.

_____. **Teoria crítica do direito civil.** Rio de Janeiro : Renovar, 2000.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da Família do novo milênio** : Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

FIGUEIRA, Eliseu. **Renovação do sistema de direito privado.** Lisboa : Caminho, 1989.

FLAQUER, Lluís. **El destino de la familia.** Barcelona : Editorial Ariel, 1998.

GEDIEL, José Antônio Peres. Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. In. FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo.** Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 57-85.

GERNHUBER, Joachim. **Lehrbuch des familienrechts.** 2 ed. Munique : C. H. Beck'Sche Verlagsbuchhandlung, 1971.

GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade** : Sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas. São Paulo : Editora da UNESP, 1993.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** 2 ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1995.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro.** Salvador : Publicações da Universidade da Bahia, 1958.

_____. **Direito de família.** 11 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998.

_____. **Introdução ao direito civil**. 13 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1999.

_____. **Direitos Reais**. 14 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1999.

GRINBERG, Keila. **Código civil e cidadania**. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 2001.

GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. Introduccion. In. HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid : Editorial Civitas, 1995.

HESPANHA, Antônio Manoel. **Panorama histórico da cultura jurídica européia**. Mira-Sintra : Publicações Europa-América, 1997.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid : Editorial Civitas, 1995.

IZUMINO, Wânia Pasinato. **Justiça e violência contra a mulher** : O papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero. São Paulo : Annablume : FAPESP, 1998.

KORCZAK, Janusz. **O direito da criança ao respeito**. São Paulo : Perspectiva, 1984.

LABRUSSE-RIOU, Catherine. **Droit de la famille** : Les personnes. Paris : Masson, 1984.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família** : Origem e evolução do casamento. Curitiba : Juruá, 1991. v. 1.

_____. **Famílias monoparentais** : A situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.

LEVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. 2. ed. Petrópolis : Vozes, 1982.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In. **O direito de família e a constituição de 1988**. Org. BITTAR, Carlos Alberto. São Paulo : Saraiva, 1989. p. 53-83.

_____. **Entidades familiares constitucionalizadas** : Para além dos numerus clausus. Conferência proferida no III Congresso Brasileiro de Direito de Família, Ouro Preto, outubro de 2001. No prelo.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos de direito privado**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado** : Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira : Do sujeitos virtual à clausura patrimonial. In.: FACHIN, Luiz Edson. (org.) **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 87-114.

_____. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo : Malheiros, 1998.

MÈREDIEU, Florence de. **O desenho infantil**. 6 ed. São Paulo : Cultrix, 1999.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2 ed. Lisboa : Editora Estampa, 1989.

MICHEL, Andrée. Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines. **Archives de Philosophie du Droit**, 131, 1975. p. 127-136.

MONREAL, Eduardo Novoa. **O direito como obstáculo à transformação social**. Porto Alegre : Sergio Fabris, 1988.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 6 ed. São Paulo : Atlas, 1999.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. O direito de família na solução dos litígios. In.: **Temas de direito civil**. Curitiba : Juruá, 1998. p. 95-116.

_____. A família na evolução do direito brasileiro In.: **Temas de direito civil**. Curitiba : Juruá, 1998. p. 77-94.

NALIN, Paulo. **Do contrato** : Conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba : Juruá, 2001.

NEGREIROS, Teresa. Dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios. In.: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. p. 337-75.

OLIVEIRA, Guilherme. "Queremos amar-nos... Mas não sabemos como!". In.: **Temas de direito da família**. 2 ed. Coimbra : Coimbra, 2001.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O estado de direito e os direitos de personalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 532, fevereiro de 1980, p. 11-23.

_____; _____. **Direito de família** : Direito matrimonial. Porto Alegre : Sergio Fabris, 1990.

PASTORE, Regina. Uma reflexão sobre a psicanálise. In.: **Insigth** : Psicoterapia, São Paulo, ano VII, 79, p. 17-21.

PERLINGIERI, Pietro. **La personalità umana nell'ordinamento giuridico**. Camerino : Jovene, 1972.

_____. **Perfis do direito civil** : Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3 ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1997.

_____. "Depatrimonializzazione" e diritto civile. In.: **Scuole tendenze e metodi** : Problemi del diritto civile. Napoli : Edizioni Scientifiche Italiane, 1989. p. 173-8.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 11 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998. v. V. Direito de Família.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A culpa no desenlace conjugal. In.: **Direito de família e ciências humanas**. São Paulo : Editora Jurídica Brasileira, 2000. Caderno de estudos : n. 3. p. 133-54.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas reflexões sobre a igualdade dos cônjuges. In.: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direitos de família e do menor** : Inovações e tendências - doutrina e jurisprudência. 3. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1993. p. 117-132.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente** : Uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro : Renovar, 1996.

PERROT, Michelle. Funções da família. In.: **História da vida privada** : Da Revolução Francesa à Primeira Guerra. 5 reimp. São Paulo : Companhia das Letras, 1991. p. 105-120.

PESSOTI, Isaias. **Aqueles cães malditos de Arquelau**. 6. ed. Rio de Janeiro : Editora 34, 1993.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3 ed. actual. Coimbra : Coimbra, 1994.

Primeiras Conclusões do Grupo de "Relações de família e o estatuto das relações jurídicas existenciais", texto elaborado no I Encontro dos Grupos de Pesquisa Perfis e Diálogos, realizado em Curitiba, na Universidade Federal do Paraná, em 02 e 03 de julho de 2001.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In.: FACHIN, Luiz Edson. (org.) **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 3-30.

_____. **Famílias sem casamento** : De relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.

REBMANN, Kurt (Redator) **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch** : Band 5, Familienrecht §§ 1297-1921. Munique, 1978.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **A igualdade dos cônjuges no direito brasileiro**. Belo Horizonte : Del Rey, 2001.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre : Sergio Fabris, 1999.

SÁ, Andréa Alves de. Limites e possibilidades do sujeito de direito : Comparação entre a teoria e a prática. Revista de Estudos Jurídicos, v. IV, n. 1, ago. 97. p. 233-246

SANTOS, Regina Beatriz Tavares Papa dos. **Reparação civil na separação e no divórcio**. São Paulo : Saraiva, 1999.

SARAMAGO, José. **O conto da ilha desconhecida**. 5 reimp. São Paulo : Companhia das Letras, 1998.

SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001.

SARACENO, Chiara. **Sociologia della famiglia**. Bologna : Mulino, 1988.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional** : Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre : Sergio Fabris, 1999.

SCHLÜTTER, Wilfried. **BGB - Familienrecht**. 9 ed. Heidelberg, 2001.

SILVA, Marcos Alves da. **O rompimento dos laços de autoridade parental** : Pais e filhos perante o Estado juiz. Dissertação de mestrado defendida junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná no ano de 2001.

SINGLY, François de. O nascimento do 'indivíduo individualizado' e seus efeitos na vida conjugal e familiar. In.: **Família e individualização**. Org. Clarice Ehlers Peixoto, François de Singly e Vincenzo Cicchelli. Rio de Janeiro : Editora FGV, 2000. p. 7-11.

SOARES, Bárbara Musumeci. **Mulheres invisíveis** : Violência conjugal e novas políticas de segurança. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1999.

SOTTOMAIOR, Maria Clara. **Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio** : De acordo com as alterações ao código civil introduzidas pela Lei 84/95, de 31 de agosto. Coimbra : Almedina, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. **Revista de estudos jurídicos**, Curitiba, v. VI, p. 101-14, ago. 97.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In.: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.

_____. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In.: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. p. 325-46.

_____. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In.: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. p. 23-54.

_____. O papel da culpa na separação e no divórcio. In.: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. p. 367-88

_____. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In.: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. p.398-426

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de direito civil**, n. 65, ano 17, p. 21-32, jul.-set. 93.

TORRES, Anália. A individualização do feminino, o casamento e o amor. In.: **Família e individualização**. Org. Clarice Ehlers Peixoto, François de Singly e Vincenzo Cicchelli. Rio de Janeiro : Editora FGV, 2000. p. 135-56.

TOURRAINE, Alain. **Igualdade e diversidade** : O sujeito democrático. Bauru : EDUSC, 1998.

TRABUCCHI, Alberto. Il diritto di famiglia. **Istituzioni di diritto civile**. 37 ed. Padova : CEDAM, 1997.

VARELA, Antunes. **Direito da família**. 3. ed. Lisboa : Petrony, 1993. v. 1.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Temas de direito da criança e do adolescente**. São Paulo : LTr, 1997.

VILLELA, João Baptista. **Liberdade e família**. Monografia. Belo Horizonte : Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

WARREN Samuel; BRANDEIS, Louis. **El derecho a la intimidad**. Madrid : Civitas, 1995.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2 ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1993.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico** : Fundamentos de uma nova cultura no direito. 2 ed. São Paulo : Alfa Omega, 1997.

_____. **História do direito no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1999.

ZAMBERLAN, Cristiane de Oliveira. **Os novos paradigmas da família contemporânea** : Uma perspectiva interdisciplinar. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.